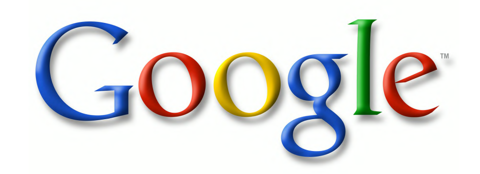
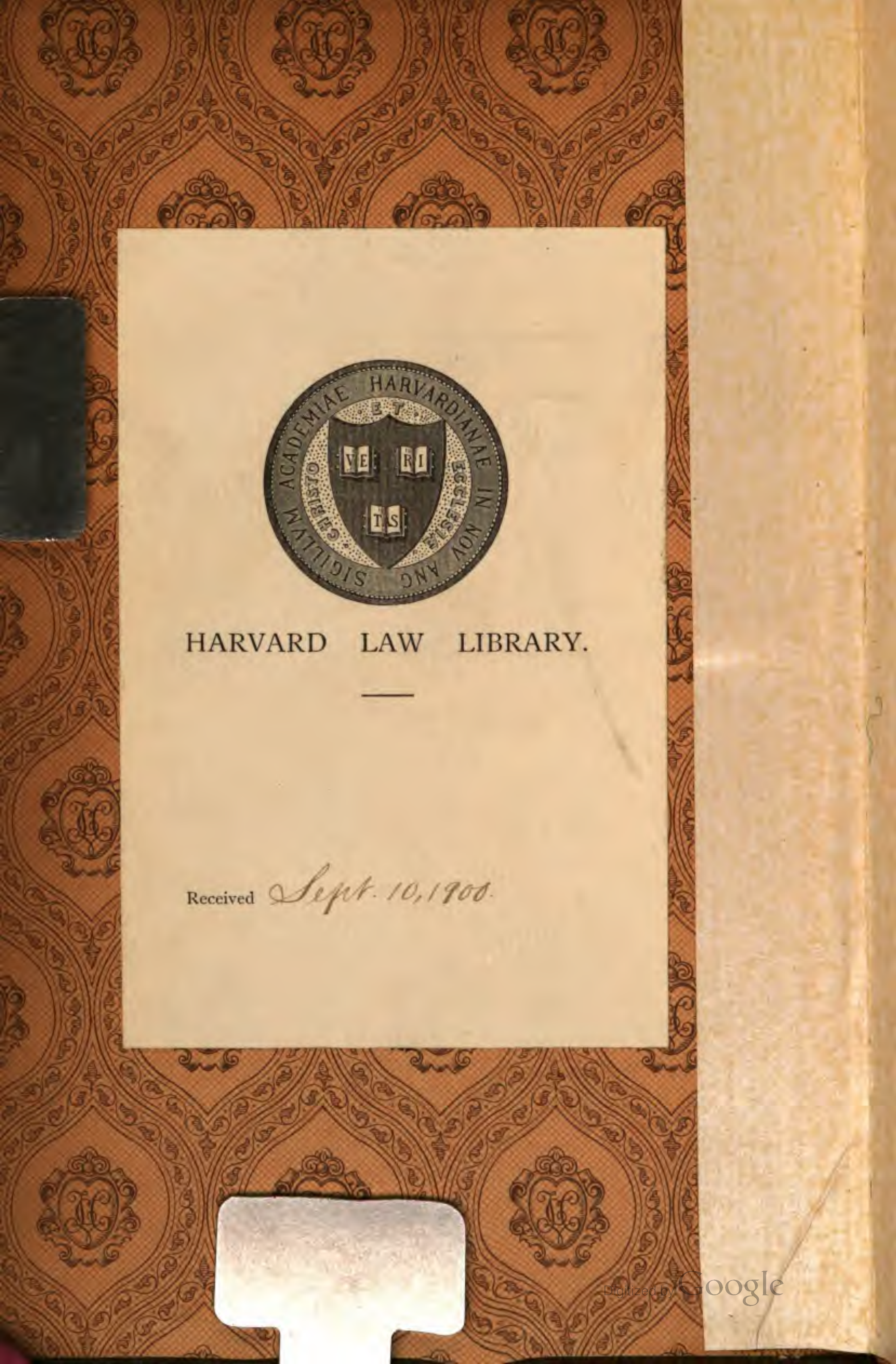


Das

Concursrecht

Dr. Rudolf Pollak


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
ET CHRISTO ECCLESIAE
VE RI TAS

COMPENDIEN
DES ÖSTERREICHISCHEN RECHTES

DAS

CONCURSRECHT.

VON

Karl Adolf
DR. RUDOLF POLLAK,
PRIVATDOCENTEN AN DER UNIVERSITÄT WIEN.



BERLIN
CARL HEYMANNS VERLAG
1897.

Verlags-Archiv 2702.

Meinem Vater

gewidmet.

Vorwort.

Eine wissenschaftliche Bearbeitung des österreichischen Concursrechtes kommt wohl einem starken Bedürfnisse entgegen; denn es giebt zu der seit beinahe dreissig Jahren geltenden Concursordnung eine solche noch nicht, und die Nachtheile dieser Lücke zeigen sich in Theorie und Praxis gleich deutlich. Die vorliegende Schrift macht den Versuch, diesem Mangel abzuhelfen. Der Stand der bisherigen Literatur Oesterreichs erschwert diesen Versuch freilich beträchtlich. Wie aus dem Buche selbst ersichtlich ist, fehlt es zwar nicht an Arbeiten über das Concursrecht. Allein mit Ausnahme des Anfechtungsrechtes giebt es nur einige (meistens Grenz-)Gebiete des behandelten Rechtsstoffes, die wissenschaftlich bearbeitet sind; der grössere Theil der Literatur besteht aus ganz kurzen Aufsätzen, nicht selten ohne wissenschaftlichen Werth, und vielfach nur über irgend ein Detail des Rechtsgebietes.

Es ist wohl müssig, den Gründen nachzugehen, aus denen die sonst so reichhaltige und jetzt auch an systematischen Arbeiten reiche österreichische Literatur gerade das Concursrecht vernachlässigt. Für mich ergab sich aus der erwähnten Thatsache die Consequenz, dass die wissenschaftliche Durcharbeitung fast des ganzen Stoffes noch zu leisten war, und ich muss bekennen, dass (immer mit einigen hervorragenden Ausnahmen) mir die österreichische concursrechtliche Literatur bei dieser schwierigen Aufgabe leider weniger als die österreichische Praxis und die deutsche

Theorie geholfen hat. Den Werth der Praxis schlage ich sehr hoch an, und ich habe mich bemüht, nicht nur die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, sondern auch die Erfahrungen zu verwerthen, die ich in der Praxis mache. Ebenso wichtig war mir die deutsche Theorie; wenn die Unterstützung derselben nicht in zahlreichen Citaten zum Ausdrucke kommt, so ist dies nur durch den Zweck der Arbeit bedingt, welcher es nicht gestattete, ausländische Schriften dort zu citiren, wo sie zwar mir, aber nicht meinen Lesern zu unmittelbarem Vortheile gereichen.

Die hervorgehobenen Umstände, namentlich der Mangel an Vorarbeiten, rechtfertigen wohl eine gewisse Breite der Darstellung. Auch Wiederholungen habe ich nicht ängstlich vermieden, wo sie eine schwierige Materie verständlicher machen konnten; aus denselben Gründen bin ich der Behandlung von Detailfragen niemals ausgewichen. Das dennoch viele Probleme des österreichischen Concurssrechtes mir entgangen sein können, und dass jene Lösung von Fragen, welche ich gebe, durchaus nicht immer die richtige sein muss, verhehle ich mir keineswegs: wie wäre dies auch bei der Bearbeitung einer so complicirten Rechtsmaterie zu erwarten, welche fast als erster Versuch gelten muss. Ich werde darum für jede Anregung und Verbesserung in dieser wie in jeder Richtung dankbar sein und hoffe nur, dass das Buch auch in seiner jetzigen Gestalt der Theorie und Praxis in Oesterreich einige Hilfe bringen wird.

Herr Dr. Wilhelm Pappenheim hat die Güte gehabt, die Correcturbogen des achten Capitels durchzusehen, und mir hiebei manchen nützlichen Wink zu geben; Herrn Dr. Robert Glauber bin ich für seine Unterstützung bei Verfassung des Sachregisters verpflichtet. Ich benütze die mir hier gebotene Gelegenheit, beiden Herren meinen Dank auch öffentlich auszusprechen.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichniss.

I. Capitel: Allgemeine Lehren.

II. Capitel: Die Concuseröffnung.

I. Die Voraussetzungen.

II. Das Verfahren.

III. Beendigung des Eröffnungsverfahrens.

III. Capitel: Die richterliche Behörde.

IV. Capitel: Der Gemeinschuldner.

V. Capitel: Die Verwalter.

VI. Capitel: Die Passiven.

I. Die Concursgläubiger.

II. Die concurrirenden Gläubiger.

III. Die deckungsberechtigten Gläubiger.

Abkürzungen.

C. O. Concursordnung vom 25. December 1868.
A. G. Anfechtungsgesetz vom 16. März 1884.
J. N. Jurisdictionsnorm vom 1. August 1895.
C. P. O. Civilprocessordnung vom 1. August 1895.
E. O. Executionsordnung vom 27. Mai 1896.
Gl. U. Sammlung civilrechtlicher Entscheidungen des obersten Gerichtshofes von Glaser u. Unger, jetzt von Pfaff u. v. Schey.
Nowak, Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes in Civilsachen, herausgegeben von Nowak, jetzt von Coumont und Schreiber.
Adler-Clemens, Sammlung handelsrechtlicher Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, herausgegeben von L. Adler und Clemens, jetzt von Adler.
G. H. Gerichtshalle.
G. Z. Allgemeine österr. Gerichtszeitung.
Jur.Bl. (Wiener) Juristische Blätter.
§ ohne nähere Bezeichnung bedeutet die Paragraphe dieses Werkes.

Nachträge und Berichtigungen.

Seite 15 Zeile 1 von unten füge hinzu: II. Band, Formelles Concursrecht 1896.

In das auf S. 16 sub d enthaltene Autorenverzeichniss sind einzufügen: Baudiss, Bretschneider, Engel, Goldschmid, Hrdlicka, Popper, Przibram, Robitschek, Sponner, Talir, Ullmann, Wachtel.

Seite 17 Zeile 29 von oben füge hinzu: Statistische Angaben über die Ergebnisse der Concursverfahren enthalten die Publicationen der statistischen Central-Commission. Siehe auch Vdg. des Just.-Min. vom 5. April 1895, Nr. 5, Just. Min. Vdgbl.

Seite	27	Anm.	19	füge hinzu: Popper in Jur. Vtljschr. XVIII S. 149 ff.
„	35	Zeile	29	von oben füge hinzu: eine Art gesetzlicher Moratorien gewährt jetzt § 42 Z. 6 E. O.
„	38	„	24	von oben füge nach dem Worte „gegen“ ein: formell correcte.
„	38	Anm.	6	füge hinzu: Engel in Jur. Vtljschr. XXII S. 117 f.
„	39	„	1	füge hinzu: Strisower, Consulargerichtsbarkeit, im österr. Staatswörterbuch II S. 415, 427.
„	49	„	2	füge hinzu: Gl. U. Nr. 14520; Adler-Clemens Nr. 955, 1033; v. Canstein, Lehrb. d. Handelsr. I S. 359.
„	51	„	1	füge hinzu: Vgl. Ullmann in Mittheil. des Prager Jur. Ver IX S. 34 ff.
„	53	„	8	schiebe vor dem Worte „wie“ ein: Vgl. § 36 Anf. Ges.
„	54	„	13	füge hinzu: a. M. Schwarz II S. 53.
„	63	„	4	füge hinzu: Gl. U. Nr. 14512.
„	64	Zeile	14	füge nach dem Worte „ab“ die Anm. 7a) Gl. U. Nr. 10885, 10975, 11917, hinzu.
„	66	„	8	von unten füge nach den Worten „vorgeschrieben ist“ die Anm. 15a): Ullmann, die Nothwendigkeit der Abänderung der §§ 63, 64 C. O. (in Mittheil. des Prager dtsch. Jur. Ver. IX S. 34 ff.), hinzu.
„	81	„	31	von oben füge nach dem Worte „der“ hinzu: Militärbehörde, der Hof-, Berg- oder einer
„	83	„	6	von unten muss es statt „eine Anfangsstunde“ heissen: einen Anfangspunkt.
„	83	„	3	von unten lies statt „der Anfangsstunde“: des Anfangspunktes.
„	90	Anm.	10	Ullmann in Jur. Vtljschr. XX S. 113.
„	103	Zeile	18	von oben statt (s. § 25 IV): (s. § 25 V).
„	103	Anm.	14:	Gl. U. Nr. 14406.
„	106	„	1	füge hinzu: Vdg. d. Just.-Min. vom 14. Februar 1897 Ź. 11905/1896, im Just. Min. Vdgbl. 1897, Nr. 5.
„	116	„	19	Siehe aber jetzt Art. IX Z. 8, 10 E. G. z. E. O. n. § 292 E. O.
„	117	Zeile	16	von oben schiebe nach „einzelnen“ ein: Concurs- und
„	122	Anm.	36	Zeile 2 füge noch 8751 hinzu: 14257.
„	122	„	36	Zeile 6 füge nach 4746 hinzu: 14073.
„	128	Zeile	27	von oben füge „Analogie“ hinzu: der ratio.
„	129	Anm.	2:	v. Canstein, Handelsr. I S. 519; Art. 122, 165, 240, 242 H. G.; § 36 Gen. Ges.
„	130	Zeile	12	füge nach „in Folge eines“ hinzu: Vergleiches oder eines.
„	131	Anm.	11	Cass. H. E. Nr. 1934.
„	149	Zeile	6	von oben haben die Worte „und Passiven“ zu entfallen.

Seite 161 Zeile 20 füge hinzu: Vgl. aber § 2 Z. 2, 3 A. G. und unten S. 352 f.
„ 163 Anm. 12 Zeile 3: Burckhardt, Syst. II S. 358, Anm. 76.
„ 166 „ 4 Zeile 3 füge nach Schwarz 55 hinzu: v. Nemethy in Ger. Ztg. 1896 S. 31.
„ 170 „ 26: Leipen in Jur. Vtlschr. XX S. 164.
„ 174 „ 42 Zeile 8: Derblich, das Pfand- und Concursrecht der Versicherungsges. (G. H. 1896 Nr. 11 f.).
„ 185 Zeile 19 und 20 hat zu lauten: einer protocollirten Handelsgesellschaft ein (Art. 258 H. G.).
„ 186 „ 23, 24 haben die Worte „sowohl des bürgerlichen als“ zu entfallen.
„ 187 Anm. 52 Zeile 2 füge hinzu: Ueber den Anspruch auf Zahlung der Dividende s. v. Canstein, Lehrb. d. Handelsr. I S. 521 f.
„ 191 Zeile 15 von oben lies statt § 169 C. O. richtig: § 174 ff. C. O.; s. unten S. 377 ff.
„ 192 „ 10 von oben füge noch hinzu: c) nach § 60 Gen. Ges. verliert der Gläubiger einer Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft mit unbeschränkter Haftung, welcher seine Forderung im Concurse nicht angemeldet hat, das Recht, sich wegen des Ausfalles derselben an die einzelnen Genossenschafter zu halten.
„ 208 Anm. 43: Unklar Gl. U. Nr. 14222.
„ 215 Zeile 15 von oben lies statt „Collocationsurtheil“ richtig: Classificationsurtheil.
„ 223 Anm. 1: Ullmann, die Wiederaufnahme des durch die Concurseröffnung unterbrochenen Verfahrens (in Mittheil. d. Prager dtsch. Jur. Ver. IV S. 103 ff.; 113 ff).).
„ 227 Zeile 34 von oben füge hinzu: Anm. 11a) Gl. U. Nr. 14221.
„ 243 Anm. 5 statt 10704 lies: 10104.
„ 251 füge nach Punkt 9 hinzu: 10. Die Art der Verwahrung von Geldern, Kostbarkeiten und Werthpapieren (§ 139 C. O.).
„ 261 Anm. 6 füge hinzu: Gl. U. Nr. 14138; v. Schrutka, in Grünhut's Ztschr. XII S. 712 ff.
„ 264 „ 20 füge hinzu: vgl. aber Adler-Clemens Nr. 260.
„ 265 Zeile 1 von oben füge nach dem Worte „Pfandrechte“ hinzu: Anm. 23a) Adler-Clemens Nr. 260, 940, 1092.
„ 266 Anm. 29 füge nach „9518“ hinzu: Adler-Clemens Nr. 1092.
„ 268 „ 35 füge nach „13723“ hinzu: Gl. U. Nr. 14183.
„ 269 Zeile 21 von oben lies statt „unmittelbar nach“ richtig: im Range.
„ 269 Anm. 44 Zeile 6 füge hinzu: Iud. B. Nr. 135. (Zins- und Schulkreuzer sind keine Realsteuern.)
„ 273 „ 59 füge hinzu: Schütz, Meistbotverth. S. 109 ff.

Seite 274 Anm. 64 Zeile 6 füge hinzu: vgl. jetzt noch §§ 166, 222 E. O.
„ 280 „ 6 füge nach „9299“ hinzu: Gl. U. Nr. 14122.
„ 280 „ 8 füge hinzu: Gl. U. Nr. 14380.
„ 285 „ 6 füge hinzu: Gl. U. Nr. 14193.
„ 287 „ 13 Zeile 1 füge nach „12035“ hinzu: Gl. U. Nr. 14086, und Zeile 2 am Schlusse: Gl. U. Nr. 13576.
„ 287 „ 14 füge hinzu: Przibram in Mittheil. d. Prager dtsch. Jur. Ver. XII S. 160 ff.
„ 305 Zeile 13 und 22 von oben ist statt „sinfällig“ zu lesen: sinnfällig.
„ 329 „ 7 von oben ist statt „C. O.“ zu lesen: E. O.
„ 329 „ 8 von oben ist statt „April“ zu lesen: Mai.
„ 329 „ 7 von unten ist nach „Abs. 2“ hinzuzufügen: des Einf. G. zur
„ 331 Anm. 16 ist statt „Munipulation“ zu lesen: Manipulation
„ 335 Zeile 31 von oben ist statt „Unternehmer“ zu lesen: Uebernehmer.
„ 337 „ 24 von oben ist statt „den Gläubigerausschuss“ zu lesen: dem Gläubigerausschusse.
„ 344 „ 1 von oben ist statt „dem“ zu lesen: den.
„ 401 „ 29 von oben ist statt „verengert“ zu lesen: verengt.
„ 409 „ 25 von oben ist statt „berechtigten“ zu lesen: bevorrechteten.
„ 414 „ 10 von oben haben die Worte: „oder bei der Ausgleichstagfahrt über einen neuen Antrag“ zu entfallen.
„ 456 Anm. 14 ist statt „Schwarz“ zu lesen: A. M. Schwarz.

N. B. Der erste Theil dieses Buches (S. 1—288) erschien im Frühjahre 1896; die Citate aus Schwarz Concursrecht in diesem ersten Theile des vorliegenden Buches beziehen sich auf den ersten Band des citirten Werkes.

I. Capitel.

Einleitung.

§ 1. Begriff.[1])

I. Der regelmässige Weg, Privatrechtsansprüche zu befriedigen, ist ihre freiwillige Erfüllung durch den Verpflichteten. Erfolgt diese, sei es aus bösem Willen, sei es aus anderen Gründen, nicht, so steht dem Anspruchswerber der Rechtsschutzanspruch an den Staat, u. z. grundsätzlich in den Wegen des Civilprocesses, zu, um hiedurch zur Befriedigung seines Privatrechtsanspruches zu gelangen. Dieser zwangsweisen Befriedigung eines Anspruches leiht der Staat auf Antrag eines Jeden seinen Arm, ohne sich darum zu bekümmern, ob durch diese Befriedigung des Antragstellers nicht etwa ein Anderer benachtheiligt wird, der gleichfalls einen solchen Anspruch an denselben Verpflichteten hat, ihn aber nicht oder noch nicht oder nicht so schnell geltend machen kann. Denn ein Grundgedanke unserer Privatrechtsordnung ist, dass Jedermann seine Rechte selbst wahren solle: der Staat bevormundet Mündige nicht.

Für den Normalfall reicht auch diese Ordnung der Dinge aus: der Civilprocess steht den Anspruchswerbern zur Verfügung; von Amtswegen wird nicht für sie gesorgt. Allein es giebt Situationen, denen diese Anordnung nicht gewachsen ist. Dies ist dann der Fall, wenn die ökonomische Lage eines Schuldners derart ist, dass er seine Gläubiger nicht oder nicht pünktlich zu befriedigen vermag

[1]) Kaserer S. 11 ff.; Schwarz S. 1 ff.; Fitting, Concursr. S. 13 ff.

(Concursfall, sog. materieller Concurs). An die freiwillige Befriedigung der Gläubiger soll ein solcher Schuldner gar nicht gehen; denn eine solche ist ihm nur zum Theile möglich und verletzt darum die par conditio creditorum. Die Erzwingung der Befriedigung im Wege des Civilprocesses einschliesslich der Execution aber ist nicht nur wegen der Häufung der Verfahren und Executionen und wegen der hiedurch auflaufenden Kosten für den ohnedies bedrängten Schuldner oft vernichtend, für die andringenden Gläubiger nachtheilig, sondern sie verletzt auch die par conditio creditorum zum Mindesten in eben dem Grade, wie die freiwillige Befriedigung einzelner Gläubiger durch den Schuldner. Endlich vermag ein solcher materieller Concurs leicht weiter auf einzelne Gläubiger des Gemeinschuldners zu greifen; denn der moderne Verkehr beruht zum grossen Theile auf der Creditwirthschaft, und mancher Mann kann seine Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen, verfällt selbst in den materiellen Concurs, wenn einer seiner Schuldner ihm nicht erfüllt. Die Verkehrsstockung, die Krise greift dann eben weiter.

Rücksichten der Billigkeit und nationalökonomische Rücksichten fordern daher für den Concursfall eine andere Ordnung als jene des Civilprocesses, u. z. eine solche, welche die Gläubiger am wenigsten und möglichst gleichmässig[2]) schädigt, und, wenn es durchführbar ist, den Schuldner rettet oder doch möglichst seiner Verbindlichkeiten enthebt. Denn der Staat hat ein grosses Interesse daran, dass die Gläubiger ihre Befriedigung finden (schon damit der Concursfall localisirt bleibe), und dass dem Schuldner die Existenzmöglichkeit gewahrt werde.

II. Diese Ordnung der Situation giebt das Concursrecht. Dasselbe gründet sich auf den Gedanken, dass Jedermann mit möglichst geringem und möglichst gleichem Schaden aus dem Concursfalle des Gemeinschuldners herauskomme. Dass es ohne Schaden abgehe, ist freilich nicht ausgeschlossen, aber doch sehr unwahrscheinlich und darum nicht zu einem tragenden Gedanken des Concursrechtes gemacht.

Um den erwähnten Gedanken durchzuführen, bricht das Concursrecht (zum Theile) mit dem Grundsatz, dass Jedermann seine

---

[2]) Mataja, Recht des Schadenersatzes S. 70; v. Schullern in Ztschr. f. Volkswirthschaft, Socialpolitik und Verwaltung I S. 423; Kohler, Lehrbuch des Concursrechts S. 1 ff.



Privatrechte selbst hüten solle, und mit dem Grundsatz: prior tempore, potior jure, der das österreichische Executionsrecht beherrscht.[3]) Denn diese Gedanken führen eben zu der für die Gläubiger und den Schuldner gleich verderblichen Hetzjagd auf das schuldnerische Vermögen. An ihre Stelle setzt das Concursrecht die (wenigstens zum Theile) officiöse Concursverhandlung und die Gleichheit (wenigstens der Concurs-)Gläubiger.[4]) Dazu kommt der Grundsatz der Universalität, der dazu führt, das gesammte, den Einzelexecutionen sonst offen stehende Vermögen nunmehr einheitlich zur Befriedigung der gesammten Gläubiger zu verwenden.

III. Der Inbegriff der Rechtssätze, nach welchen im Concursfalle die Auseinandersetzung zwischen den Gläubigern und dem gemeinschaftlichen Schuldner (Gemeinschuldner) stattzufinden hat, heisst (objectives) Concursrecht, welches nach dem Inhalt der Rechtssätze in materielles und formelles Concursrecht (Concursverfahren) zerfällt.

Daneben spricht man noch von einem Concursanspruch[5]) (= subjectivem Concursrecht), als dem privatrechtlichen oder publicistischen Anspruch auf Theilnahme am Concurse.

IV. Es ist natürlich, dass das positive Concursrecht die sub II entwickelten Gedanken nicht oder nicht immer in ihrer Reinheit, und dass es andererseits auch andere Gedanken als die hier zur Einführung angedeuteten realisirt. Ebenso natürlich ist es, dass ein langer Weg zurückzulegen war, ehe dieses positive österreichische Concursrecht entstand.

---

[3]) Dieser Grundsatz ist durch Vorzugspfandrechte nur wenig alterirt.

[4]) Das Concursrecht kennt zwar auch eine Vorrechtsordnung der Ansprüche, aber sie beruht nicht auf zeitlichen Gründen. Vgl. v. Schrutka in G.H. 1879 No. 67 f.; Exner, österr. Hypothekenrecht S. 559; v. Schullern a.a.O. S. 443 ff.; und unten § 41.

[5]) v. Schrutka, Compensation im Concurse S. 50 ff.; Motive z. dtsch. C.O. S. 14 ff.; S. 103 ff.; 330; A. S. Schultze, d. deutsche Concursrecht S. 10 ff.; dagegen Krasnopolski in Grünhut's Ztschr. XIV S. 62 ff. u. unten § 42. Vgl. Oetker, Concursr. Grundbegr. I S. 172 ff.

§ 2. Historische Entwicklung.

I. Das römische Recht[1]) hat ein Concursverfahren im modernen Sinne nicht gekannt. Es kannte an Stelle desselben ursprünglich nur eine Einweisung in das Vermögen des Schuldners (missio in bona), und einen Verkauf dieses Vermögens in Pausch und Bogen an einen bonorum emptor, welcher dann jenen Gläubigern, welche die missio in bona erwirkt hatten, soviel ihrer Forderungen bezahlte, als aus dem Kaufpreise auf sie entfiel. Es war weder dafür gesorgt, dass das ganze schuldnerische Vermögen, noch dafür, dass alle Gläubiger herangezogen wurden; die Insolvenz des Schuldners war nicht Voraussetzung dieses Verfahrens. Dasselbe war nichts anderes als eine Zwangsvollstreckung.

Daneben entwickelte sich zur Vermeidung der Nachtheile dieser Procedur auf Grund einer lex Iulia[2]) die cessio bonorum, d. i. die freiwillige Hingabe des ganzen schuldnerischen Vermögens. Diese ähnelt unserem Concurs schon. Zwar ist auch bei ihr der Grund gleichgültig, aus welchem diese Vermögenshingabe erfolgt; aber sie ergreift doch das ganze schuldnerische Vermögen, wenn auch nicht alle Gläubiger. Eine gerichtliche Fürsorge für die Gläubiger derart, dass das ganze schuldnerische Vermögen festgestellt und gesammelt worden wäre, fand anfangs nicht, und später nur in geringem Umfange statt.

In diesem Cessionsverfahren ist der Gedanke der Universalität, welcher das moderne Concursrecht im Gegensatze zum modernen Executionsverfahren beherrscht, daher selbst für die Activmasse nur andeutungsweise, und für die Passivmasse gar nicht vorhanden. Dabei ist wohl zu beachten, dass zu dieser Zeit die cessio bonorum vom Schuldner nicht erzwungen wird.

II. Dennoch ist es der der cessio bonorum immerhin zu Grunde liegende Gedanke der Universalität, welcher die Basis des modernen Concursrechtes bildet.[3]) Ob diese Basis durch das Eindringen des

---

[1]) Bethmann-Hollweg, Röm. Civilpr. I § 53, II § 113 ff.; Bayer, Concursprocess S. 8 ff.; Endemann in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XII S. 24 ff.; L. Seuffert, Zur Gesch. u. Dogm. des deutschen Concursrechts S. 2—47.

[2]) L. 4 C. 7, 71; Bayer S. 27 ff.; L. Seuffert a.a.O. S. 47 ff.

[3]) Endemann a.a.O. S. 50 ff.; Bayer, Concurspr. § 18. Das ist so wenig erkannt worden, dass Schweppe, Syst. d. Conc. S. 14, noch im

fremden, namentlich des Rechtes der italienischen Statuten nach Deutschland gewonnen wurde, oder ob sie auf einer selbständigen Entwicklung des deutschen Rechts beruht,[4]) ist zweifelhaft; doch ist das Erstere wahrscheinlich.

Recipirt und in der Reception vielfach mit einander verbunden wurden jedenfalls sowohl die missio in bona als auch die cessio bonorum. Dabei ist es die letztere, welche reicher ausgebildet und nach und nach überall an die Voraussetzung der Insolvenz des cedirenden Schuldners geknüpft wurde. Hand in Hand damit ging das Bestreben, den Gedanken der Universalität zu stärken, das ganze Activum des Schuldners heranzuziehen, dafür aber auch seine ganzen Passiven, u. z. unter Ablehnung einer Rangordnung der Gläubiger nach der Zeit,[5]) zu ordnen.

Im siebzehnten Jahrhundert ist dieses Verfahren als eine besondere Procedur, als processus concursus allgemein anerkannt, und findet seine erste selbständige und gründliche Darstellung in einem Werke des Spaniers Salgado de Samoza,[6]) das von dem grössten Einflusse nicht nur in Spanien, sondern auch in Deutschland war.

Bei manchen Abweichungen im Einzelnen, die namentlich den Grad der Einflussnahme des Gerichtes auf das Verfahren betreffen (Gerichtliche Vermögensauftheilung — Selbsthilfeverfahren der Gläubiger unter Aufsicht des Gerichtes),[7]) oder sich auf die Frage beziehen, ob es nur einen kaufmännischen Concurs oder einen allgemeinen geben solle, hat sich doch schon vor Salgado und namentlich seit ihm in Deutschland ein gemeinrechtliches Concursverfahren entwickelt, das freilich reichsrechtlich nur nothdürftig und äusserst lückenhaft in den Jahren 1548, 1577 in Reichspolizeiordnungen

---

Jahre 1829 diesen Gedanken einen „ziemlich willkürlich erfundenen Gemeinplatz“ nennt.

[4]) Das Letztere behauptet Stobbe, Zur Gesch. des älteren dtsch. Concursprocesses S. 1 ff.; ersteres ist die herrschende Lehre.

[5]) Dieser Gedanke ist stellenweise sehr spät zum Durchbruch gekommen; vgl. Stobbe a.a.O. S. 7 ff., der nachweist, dass er in der Rauris z. B. erst im Jahre 1565 Geltung erlangte.

[6]) Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam, 1653.

[7]) Dieser Gegensatz ist stark betont und ausführlich entwickelt von Kohler S. 15—65; vgl. auch Stobbe a.a.O. S. 39 ff.

und 1668 in einem Reichsabschiedsanhange geordnet wurde,[8]) dafür aber partikularrechtlich vielfache ausführliche Regelungen fand. Das Verfahren stellt sich nach den Worten Biener's wie folgt dar: concursus processus tribus decretis absolvitur, decreto präclusionis, sententia locationis, decreto distributionis.

III. Zu diesen partikularrechtlichen Bildungen gehört die österreichische josefinische Concursordnung vom Jahre 1781,[9]) kundgemacht für die deutsch-böhmischen Erblande mit Pat. v. 1. Mai 1781 J.G.S. No. 14,[10]) in Kraft getreten am 1. Januar 1782, und (wenn auch mit vielfachen Ergänzungen und Aenderungen) in Kraft geblieben bis zum Jahre 1869.

Sie enthält in ihren 45 Paragraphen ein treues Abbild des gemeinrechtlichen Concurses.[11])

Der Gedanke der Universalität des Concurses ist — wenigstens für die betreffende Provinz — auf die Spitze getrieben. Alle Gläubiger, auch jene, welche Rückforderungsansprüche geltend machen (§ 14), oder Realgläubiger sind (§ 17), müssen ihre Forderungen, wie die persönlichen Gläubiger, im Concurse geltend machen, und auf ihre Befriedigung bis zur Rechtskraft des Classificationsurtheiles (oft durch Jahre) warten (§§ 13, 41). Andererseits dauert (trotz Vertheilung des vorgefundenen Vermögens) der Concurs so lange fort, als noch einer jener Gläubiger nicht voll befriedigt ist, welche ihre Forderungen im Concurs geltend machten; erwirbt daher der Schuldner neues Vermögen (sei es auch nach 30 Jahren), so steht dasselbe nicht der Execution offen, sondern wird in die Concursmasse einbezogen (Res. v. 11. September 1784 J.G.S. No. 336). Der Concurs ist förmlich perpetuirt.

Ebenso übertrieben ist der Gedanke des Concursprocesses durchgeführt.

Um die Concurseröffnung muss vom Gläubiger mit Bedeckungsklage gebeten (§ 3, 4), die Anmeldung eines Anspruches sowie der bestimmten Rangordnung für denselben im Wege eines Liquidirungs-

---

[8]) Bergmann, Corpus juris iud. civ. germ. S. 293 ff.; 469 ff.

[9]) Aeltere österr. Concursordnungen s. bei Kaserer S. 3 ff.; Stobbe, Zur Gesch. d. älteren dtsch. Concursprocesses S. 45 ff., 73, 116.

[10]) Das IX. Cap. der A.G.O. enthält zum Theil wörtlich die gleichen Vorschriften.

[11]) Literatur s. bei § 4. Vgl. auch die descriptive Darstellung von Schwarz S. 19 ff.

processes durchgeführt werden, mag der Anspruch auch unbestreitbar und unbestritten sein (§ 11 ff.). Die Rangordnung der Gläubiger wird durch ein Classificationsurtheil bestimmt (§ 13; Res. v. 14. Juni 1784 J.G.S. No. 306) und kann nur mit einer Vorrechtsklage angefochten werden, die nicht an die höhere Instanz, sondern an das Concursgericht selbst gerichtet ist, und über welche ein vollständiger Process in drei Instanzen geführt wird (§§ 30 ff.). Der Gedanke, dass das Concursverfahren ein Civilprocess sei, drückt sich auch im § 29 aus, welcher verspätet angemeldete Ansprüche von der Theilnahme am Concurse — auch von der Befriedigung aus später erworbenem Vermögen[12]) — präcludirt, und in den §§ 41 ff., welche Vertheilungen vom Concursvermögen an die Gläubiger erst nach dem rechtskräftigen Classificationsurtheile zulassen.

Die Leitung des Concursverfahrens ist aus demselben Gedankengange heraus im Wesentlichen dem Gerichte anvertraut, welches hiebei durch zwei bestellte Vertreter, dem curator ad lites und dem curator bonorum[13]) unterstützt wird (§ 7). Der Einfluss der Gläubiger auf das Verfahren ist unbedeutend (§ 36).

Zu dieser Concursordnung treten ergänzend die Vorschriften der allg. Ger. Ordng. über das Moratorium (§§ 353 ff.) und über die cessio bonorum (§§ 362 ff.).

Auf denselben Grundlagen beruhten das IX., XXXII. und XXXIII. Capitel der mit Pat. v. 19. December 1796 J.G.S. No. 329 publicirten Gerichtsordnung für Westgalizien, die im Jahre 1807 in Ostgalizien, im Jahre 1814 in Tirol und Vorarlberg, 1815 in Dalmatien, 1816 in Salzburg, 1852 in Krakau eingeführt wurde. Da in dieses IX. Capitel die Nachtragsgesetze zur josefinischen Concursordnung aufgenommen wurden, regelt es das Concursverfahren in 121 Paragraphen.

IV. Von den vielen Mängeln, mit welchen uns diese Concursordnung behaftet erscheint, mögen die Zeitgenossen nur wenige empfunden haben, da der gemeinrechtliche Concurs vielleicht in manchen Punkten durch die für ihre Zeit lobenswerthe josefinische Concursordnung übertroffen war. Wenigstens hört man von so scharfen Urtheilen in Oesterreich nichts, wie sie über den gemein-

[12]) Res. v. 11. September 1784 J.G.S. No. 336.

[13]) In der Praxis wurden diese beiden Stellen regelmässig einer Person übertragen.



rechtlichen Concurs Leyser und Happel[14]) gefällt haben, von denen jener den Concurs als das nach Krieg und Pestilenz grösste Uebel bezeichnet, dieser ihn als Bemühen der Richter und Advokaten, das schuldnerische Vermögen an sich zu bringen. Nur die Lückenhaftigkeit des Gesetzes fiel in Oesterreich jedenfalls bald auf, und man suchte ihr anfänglich durch Nachtragsgesetze, deren eine grosse Zahl erschien,[15]) dann durch eine neue Redaction des Gesetzes abzuhelfen. Schon im Jahre 1811 war man zu dieser neuen Redaction entschlossen,[16]) am 21. December 1820 wurde der Entwurf eines neuen Concursverfahrens dem Kaiser vorgelegt.[17]) Der Entwurf erhielt die kaiserliche Sanction nicht.

Inzwischen waren nebst der Lückenhaftigkeit auch die anderen Mängel der josefinischen Concursordnung, namentlich die Kostspieligkeit und Dauer ihres Verfahrens, fühlbar geworden, denen ein am 6. December 1845 dem Kaiser vorgelegter, vom Freiherrn v. Lichtenfels verfasster Entwurf abhelfen sollte. Im Jahre 1848 publicirte der Justizminister Baron Sommaruga diesen inzwischen nur wenig geänderten Entwurf (in 251 Paragraphen) nebst Motiven.

Dieser Entwurf wurde im Reichstage gar nicht verhandelt, bildete aber die Grundlage der im Jahre 1853 in Ungarn und seinen Nebenländern eingeführten provisorischen Concursordnung.

In Oesterreich blieb die Reform inzwischen ruhen, trotzdem die Uebelstände des bisherigen Concursverfahrens nicht geringer, sondern stets fühlbarer wurden. Der Concurs war zu Folge seiner Dauer und Kostspieligkeit beinahe ein grösseres Uebel für die Gläubiger als für den Cridatar, so dass aussergerichtliche, für alle oder einzelne Gläubiger höchst unbillige Ausgleiche zur Vermeidung der Concurseröffnung die Regel wurden. So konnte es noch als ein Fortschritt gelten, dass die Regierung mittelst Verordnungen vom 18. Mai 1859 No. 90 R.G.Bl. und vom 15. Juni 1859 No. 108 R.G.B., in der Folge dann durch das Gesetz vom 17. December

---

[14]) Leyser, Medit. ad. pand. spec. 480; Happel, Erörterung der beim Concursverf. vorkommenden wichtigsten Gegenstände S. 4.

[15]) Sie sind gesammelt in Zimmerl, Handb. d. allg. Gerichts- u. Concursordnung II. Bd. S. 1 ff.; Wessely, Handb. d. gerichtl. Verfahrens I S. 592 ff.

[16]) Pratobevera in seinen Materialien I S. 238.

[17]) Vgl. Haimerl in der österr. Viertelj. X S. 173 ff.; Kaserer S. 5 ff.

1862 R.G.B. No. 97[18]) für protokollirte Handels- und Gewerbsleute und Fabrikanten ein „Vergleichsverfahren bei Zahlungseinstellungen" einführte, und damit den regellosen aussergerichtlichen Vergleichen ein Ende zu machen suchte. Leider waren diese Verordnungen in gesetzestechnischer Hinsicht nicht gelungen; namentlich das Liquidirungsverfahren verstiess gegen die einfachsten Grundsätze der Gerechtigkeit; zugleich beleuchteten sie die gesetzliche Regelung des Concursverfahrens quasi officiell und gestanden dessen Unzulänglichkeit ein, da sie nur in dieser ihre Rechtfertigung finden konnten.

V. So ging man denn an die Erlassung einer neuen Concursordnung, und nahm sich hiefür die preussische Concursordnung vom 8. Mai 1855 zum (theilweise allzu genau befolgten) Muster. Im Justizministerium wurde von Benoni der Entwurf einer Concursordnung im Jahre 1862 ausgearbeitet,[19]) von einer aus Mitgliedern des Justizministeriums, des Richter-, Advokaten- und Notarenstandes zusammengesetzten Commission berathen, und am 8. Juli 1863 vom Justizminister Hein dem Abgeordnetenhause vorgelegt.

Einen Gegenentwurf hatte das Mitglied der oben genannten Berathungscommission Karl Freiherr v. Haerdtl verfasst und dem Abgeordnetenhaus Namens der n. ö. Advokatenkammer durch (den späteren Minister) Berger überreichen lassen. Der Ausschuss des Abgeordnetenhauses unterzog unter steter Heranziehung dieses Gegenentwurfes den Regierungsentwurf einer Concursordnung der Berathung, deren Resultate mittelst Berichtes dem Hause am 13. December 1863 vorgelegt wurden. Zu einer Plenarberathung kam es nicht.

Die Regierung liess nun ihren Entwurf unter Rücksichtnahme auf den erwähnten Bericht des Ausschusses des Abgeordnetenhauses umarbeiten, und der Justizminister v. Hye legte ihn am 17. December 1867 dem Abgeordnetenhause neuerlich vor. Die Vertretung des Gesetzes fiel dem neu ernannten Justizminister Herbst zu, unter dessen Ministerium das Gesetz auch zu Stande kam.

Das Abgeordnetenhaus wies den Entwurf einem Ausschusse von 9 Mitgliedern zur Berathung zu, welcher dann durch seinen

---

[18]) Literatur s. bei § 4.

[19]) Dieser sog. Referenten-Entwurf (361 Paragraphen) ist die Grundlage der geltenden Concursordnung.



Berichterstatter Dr. Sturm dem Hause den Bericht erstattete. Die zweite Lesung im Abgeordnetenhause fand am 31. März und 1. April 1868 statt; eine ernstliche Debatte entwickelte sich nur über die Frage, ob man zu Concurscommissären Richter oder Notare bestellen solle. Die 3. Lesung fand am 3. April 1868 statt, und es wurde mit einer unbedeutenden Ausnahme der Entwurf nach dem Ausschussantrage angenommen.

Das Herrenhaus, an welches der Gesetzentwurf nunmehr gelangte, wies denselben gleichfalls einem Ausschusse von 9 Mitgliedern zu, und nahm ihn dann in 2. und 3. Lesung am 3. November 1868 nach den Anträgen seines Ausschusses an, als dessen Berichterstatter Baron Simonovicz fungirte.

Da zwischen den Beschlüssen beider Häuser Discrepanzen bestanden, musste der Entwurf an das Abgeordnetenhaus zurückgehen, welches auf Grund des Berichtes seines Ausschusses am 10. December 1868 den Beschlüssen des Herrenhauses beitrat.

Der Kaiser gab dem Gesetze am 25. December 1868 seine Sanction, die Publication desselben erfolgte in No. 1 des Reichsgesetzblattes vom Jahre 1869.[20])

Mittelst Gesetzes vom 9. Januar 1869 R.G.B. No. 7 wurden einige Aenderungen der auf das Concursverfahren bezüglichen Gebühren-Vorschriften verfügt. Ein Erlass des Justizministers Herbst vom 25. Februar 1869 Z. 2490 an die Präsidien der Gerichtshöfe erster Instanz[21]) suchte die richtige Handhabung des neuen Gesetzes zu fördern.

VI. Die Würdigung der Concursordnung gehört nicht an diese Stelle. Eine Lücke hat dieselbe durch ihren § 24 jedenfalls gelassen, welche bald arg empfunden wurde.[22]) Sie betrifft das Anfechtungsrecht, welches schon in dem Referentenentwurfe geregelt war, eine Regelung, gegen welche das damalige Abgeordnetenhaus jedoch principielle Bedenken hegte. Ueberdies hielt man die gewiss grossen Schwierigkeiten der gesetztlichen Regelung

---

[20]) Ueber die parlamentarische Berathung geben die stenographischen Protokolle der beiden Häuser des Reichsrathes Aufschluss. Vgl. auch Kaserer S. 6 ff. u. die wenigen Bemerkungen von Kissling S. 3 ff.

[21]) Abgedruckt bei Kaserer S. 298 ff.

[22]) M. Frey in G.H. 1868 S. 411 ff.; Neumayer in G.H. 1875 No. 84 ff.; v. Schrutka, Compensation im Concurse S. 83 ff.; Steinbach, Comm. S. 2 ff.; vgl. auch das abfällige Urtheil von Cosack, Anfechtungsrecht S. 10.

dieser Materie für unüberwindlich. So blieb es denn bei der „bei dem Standpunkte des bürgerlichen Gesetzbuches fast ironisch klingenden Verweisung auf die Grundsätze des allgemeinen bürgerlichen Rechts“ (Steinbach) im § 24 der Concursordnung.

In Folge zahlreicher Petitionen, vielleicht auch in Folge eines von der n. ö. Advokatenkammer im Jahre 1874 ausgearbeiteten Entwurfes eines Anfechtungsgesetzes[23]) publicirte der Justizminister Glaser im Jahre 1875 den „Entwurf eines Gesetzes über die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner sammt Motiven“, der aber dem Reichsrathe gar nicht vorgelegt wurde.

Erst am 22. December 1880 brachte der Justizminister Freiherr v. Streit

a) den Entwurf eines Gesetzes über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen, und

b) den Entwurf eines Gesetzes, womit zum Schutze der Gläubiger gegen benachtheiligende Handlungen ihrer Schuldner einige Bestimmungen der Concursordnung, des Executionsverfahrens und des Strafrechts abgeändert, beziehungsweise ergänzt werden,

im Abgeordnetenhause ein.

Das Haus wies am 21. Januar 1881 die Entwürfe dem Justizausschusse zu, und nahm sie mit den von diesem Ausschusse vorgeschlagenen Aenderungen[24]) am 27. Mai 1881 und am 28. Mai 1881 in 2. und 3. Lesung an. Das Herrenhaus wies die Entwürfe an seine juridische Commission, und nahm sie in der von dieser Commission vorgeschlagenen Fassung am 14. April 1883 in 2. und 3. Lesung an. Zwischen den Beschlüssen der beiden Häuser des Reichsrathes bestanden Divergenzen, welche durch den am 29. Februar 1884 und 4. März 1884 erfolgten Beitritt des Abgeordnetenhauses zu den Beschlüssen des Herrenhauses behoben wurden.

Am 16. März 1884 wurden beide Gesetze vom Kaiser sanctionirt und im Reichsgesetzblatt vom 25. März 1884 sub No. 35 u. 36 publicirt.

---

[23]) Der Entwurf (Referent Magg) regelte die Materie in 17 Paragraphen; er ist in der G.H. 1874 S. 286 abgedruckt.

[24]) Nur in einem Punkt ging das Abgeordnetenhaus von den Vorschlägen seines Ausschusses ab.



VII. An eine Revision der Concursordnung ist man bisher nicht geschritten, trotzdem in Theorie[25]) und Praxis Klagen über die Langsamkeit und Kostspieligkeit der Concurse, über die allzuweit getriebene Gläubiger-Autonomie,[26]) über manche Lücken des Gesetzes laut wurden. Der 1., 3. und 8. österreichische Advokatentag, ebenso der im Jahre 1894 tagende Delegirtentag der österreichischen Advokatenkammern haben solchen Klagen Ausdruck gegeben, die vom ökonomischen und juristischen Standpunkt leicht vermehrt werden könnten, und im April 1888 wurde im Abgeordnetenhause vom Abg. Wrabetz sammt Genossen ein Antrag auf Revision der Concursordnung eingebracht, der aber keinen Erfolg hatte. Die n. ö. Handels- und Gewerbekammer hat in den Jahren 1889 und 1895 Abänderungen einzelner Vorschriften der Concursordnung beantragt und ist insbesondere für die Einrichtung eines „Vorconcurs" genannten Ausgleichsverfahrens eingetreten.[27])

Andererseits hat es auch an Vertheidigern der Concursordnung nicht gefehlt,[28]) und es ist nicht zu läugnen, dass die Gesetzgebung derzeit wichtigere Aufgaben zu lösen hat, als es die Revision der Concursordnung wäre; dies umsomehr, als manche Mängel nicht auf das Gesetz, sondern nur auf dessen Handhabung zurückgeführt werden können.

---

[25]) Benedikt, Zur Reform der Concursordnung; Nowak, Der achte österr. Advokatentag und die C.O. (in G.Ztg. 1888 No. 7); v. Schullern, in Ztschr. für Volkswirthschaft, Socialpolitik u. Verwaltung I S. 420 bis 471.

[26]) Ueber seltsame Blüthen derselben s. die stenogr. Prot. des Delegirtentages der österr. Advokatenkammern, 1894, S. 42 ff.

[27]) Die Einrichtung eines solchen „Vorconcurses" ist sicherlich nicht zweckmässig; man muss doch auch in einem solchen vor Allem für eine richtige Feststellung des Passivstandes sorgen, damit nicht etwa Gläubiger unberechtigter Weise ausgeschlossen werden, und erdichtete Gläubiger eine Rolle spielen; ebenso wichtig ist die genaue Feststellung und die Verwaltung des Activstandes — was fehlt da noch vom Concursverfahren? Nur dessen Sicherheit und Ordnung. Vgl. den Bericht der Jur.Bl. 1895 S. 331; das Protokoll der Handels- u. Gewerbekammer in Wien No. 5 1895; R. Pollak im Handelsmuseum X S. 444 f., und die „Neue freie Presse" vom 27. September 1895 und 3. October 1895.

[28]) Pisko, Die Revision der C.O. (in G.H. 1875 No. 89); Kissling S. 5.

§ 3. Die Rechtsquellen.

I. Das vorzüglichste Gesetz, welches hier in Frage kommt, ist das Gesetz vom 25. December 1868 R. G. B. 1869 No. 1 zur Einführung einer Concursordnung.

Dasselbe besteht aus vier einleitenden Artikeln und der Concurs-Ordnung in 257 Paragraphen. Die Concursordnung zerfällt in zwei Theile: I. Von den Rechtsverhältnissen im Concurse (§§ 1 bis 57), welcher nach der Absicht des Gesetzgebers das materielle Concursrecht behandeln soll; II. von dem Verfahren im Concurse (§§ 58—257), der das formelle Concursrecht zu behandeln bestimmt ist. Doch finden sich, wie auch in der preussischen Concursordnung vom 8. Mai 1855 und der deutschen Concursordnung, viele das materielle Concursrecht betreffende Bestimmungen im II. Theile des Gesetzes.

Der erste Theil zerfällt in drei Hauptstücke, welche der Reihe nach handeln: 1) Von den rechtlichen Wirkungen der Concurseröffnung; 2) von den Ansprüchen im Concurse; 3) von den rechtlichen Verhältnissen des Gemeinschuldners nach der Beendigung des Concurses. Das internationale Concursrecht ist im zweiten Hauptstück des I. Theiles in den §§ 51 und 52 geregelt.

Der zweite Theil zerfällt gleichfalls in drei Hauptstücke, welche der Reihe nach handeln: 1) von dem ordentlichen Concursverfahren; 2) von dem kaufmännischen Concurse; 3) (von) Schlussbestimmungen zu dem Verfahren im Concurse.

Das Gesetz ist in der amtlichen Ausgabe der k. k. Hof- und Staatsdruckerei, ferner im ersten Theil des VI. Bandes der Manz-schen, und im IV. Band der Geller'schen (privaten) Gesetzessammlungen erschienen. In den privaten Ausgaben sind auch einzelne Entscheidungen des obersten Gerichtshofes abgedruckt.

II. An zweiter Stelle ist das Gesetz vom 16. März 1884 R.G.B. No. 36 über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen, zu nennen. Dasselbe regelt das Anfechtungsrecht sowohl im Concurse als ausserhalb desselben in drei Abschnitten und 53 Paragraphen. Der erste und dritte Abschnitt betreffen das Concursrecht, der zweite (§§ 28—45) nicht. Doch sind auch diese indirect für das Concursrecht wichtig.

Das Gesetz ist in der amtlichen Gesetzesausgabe, ferner im

II. Band der Manz'schen und im I. Band der Geller'schen Gesetzessammlung abgedruckt.

III. Ergänzend zu diesen Gesetzen treten eine Reihe von Vorschriften in anderen Gesetzen, welche das Concursrecht betreffen.

Hieher gehören namentlich:

1. Das Gesetz vom 9. April 1873 R. G. B. No. 70 über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften[1];

2. Die Gesetze vom 24. April 1874 R.G.B. No. 48, 49 betreffend die Wahrung der Rechte der Besitzer von Pfandbriefen,[2] ferner der auf Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Theilschuldverschreibungen.

3. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (z. B. §§ 470,[3] 1024, 1210, 1226, 1260 ff., 1356, 1439), das Handelsgesetzbuch (z. B. Einf. Ges. zum H.G.B. §§ 14, 30, 31, 40, 42; H.G.B. Art. 40, 122, 123, 129, 133, 200, 242, 258, 259, 314).

4. Die sog. Executionsnovelle vom 10. Juni 1887 R.G.B. No. 74 in ihrem § 21.

5. Die Jurisdictionsnorm und die Civilprocessordnung vom 1. August 1895, sammt den beiden Einführungsgesetzen von demselben Tage (R.G.B. No. 110—113).

IV. Endlich ist auf Grund des Art. II. des Einf. Ges. zur Concursordnung vom 25. December 1868 noch die C.O. vom 1. Mai 1781 von Bedeutung, u. z. für jene Concurse, welche vor dem 2. April 1869 eröffnet wurden.

Die Nachweise über diese Vorschriften sind im § 2 gegeben.

V. Ueber die Zulässigkeit und Geltung des Gewohnheitsrechtes enthalten weder die Concursordnung noch das Anfechtungsgesetz Vorschriften. Nach dem Geiste der Gesetzgebung ist für das Concursverfahren das Gewohnheitsrecht ausgeschlossen; auch hat sich ein solches thatsächlich nicht gebildet. Für das materielle Concursrecht sind die Vorschriften des § 10 a.b.Gb. und des Art. 1 H.G.B. heranzuziehen; insoweit das Handelsrecht im

---

[1]) Stross, Das österr. Genossenschaftsrecht (1887); Krasnopolski, Die Haftung aus genossenschaftlichen Verbindlichkeiten nach dem Ges. v. 9. April 1873 No. 70 (in Grünhut's Ztschr. VIII S. 54 ff.); Pollitzer, Oesterr. Handelsrecht S. 301 ff.

[2]) Aus der reichen Literatur: Pavlicek, Das Pfandbriefrecht, woselbst weitere Angaben.

[3]) Derzeit durch § 103 C.O. abgeändert.

Concurse von Bedeutung ist, kann daher auch ein Handelsgewohnheitsrecht innerhalb der Schranken des Art. 1 H.G.B. sich bilden. Doch ist es bei der Natur des Concurses als eines unter gerichtlicher Intervention sich abspielenden Verfahrens klar, dass ein materielles Handelsgewohnheitsrecht im Concurse sich schwer zu bilden vermöchte; thatsächlich hat sich kein solches gebildet.

Gewohnheiten (namentlich ein usus fori), vermögen sich auf dem Gebiete des Concursverfahrens leicht zu bilden, da vieles in das richterliche Ermessen gestellt ist. Rechtsquelle sind solche Gewohnheiten, ein solcher usus fori nicht.

§ 4. Literatur.

I. Das geltende österreichische Concursrecht.

a) Commentatorische Bearbeitungen des Gesetzes vom 25. Mai 1868 R.G.B. No. 1 ex 1869 haben geliefert:

Joh. Bapt. Zugschwerdt, Praktisches Handbuch zur Concursordnung, 1869; dieser Commentar ist während der Berathung des Gesetzentwurfes verfasst, so dass die Paragraphen-Citate nicht einmal stimmen; auch sonst ohne Werth.

Josef Kaserer, Commentar zur österreichischen Concursordnung mit sämmtlichen Materialien, dem Gesetze vom 9. Januar 1869, nebst Motiven und Formularien, 1869; dieser (im Buchhandel vergriffene) Commentar ist hauptsächlich durch seine Heranziehung der Materialien des Gesetzes von Werth.

Carl v. Kissling, Die österreichische Concursordnung mit Commentar und Formularien, 2. Auflage 1877; die erste Auflage dieses Commentars ist in der allg. österr. Ger. Ztg. 1869, S. 91 ff. recensirt.

b) Systematische Bearbeitungen des ganzen Concursrechts:

V. Hasenöhrl, Concursordnung für Oesterreich (in J. Alexander, Concursgesetze aller Länder der Erde S. 200—221) 1892; die Arbeit dient, wie schon ihre Kürze beweist, zur ersten Information.

Carl Schwarz, Das österreichische Concursrecht, I. Band, Materielles Concursrecht 1894.[1]) Diese Schrift ist der erste Versuch einer eingehenden systematischen Bearbeitung des gesammten Concursrechts.

---

[1]) Die bisher genannten Schriften werden nur mit dem Namen der Autoren citirt.

c) Selbständige Monographien:

Emil v. Schrutka-Rechtenstamm, Die Compensation im Concurse, 1881.

Otto Frankl (Prag), Der Concurs der offenen Handelsgesellschaft nach österreichischem Rechte.

Emil Steinbach, Commentar zu den Gesetzen vom 16. März 1884, über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen, und über die Abänderung einiger Bestimmungen der Concursordnung und des Executionsverfahrens, 2. Auflage 1884.

Adolf Menzel, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht, 1886.

Edmund Benedikt, Zur Reform der Concursordnung, 1887.

Horaz Krasnopolski, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht, 1889.

Die Schriften von Menzel und Krasnopolski sind von Ofner in Grünhut's Zeitschr. XVII, S. 346 ff. besprochen.

d) Abhandlungen und Aufsätze auf dem Gebiete des Concursrechts haben geliefert:

Anthofer, Beisser, Benoni, v. Canstein, Deutsch, Feldner, H. Fischer, Fleischer, Fleischner, Flossmann, Flusser, Otto Frankl (Prag), M. Frey, Gertscher, Heller, v. Helm, Heyssler, Hrdliczka, Ant. Jaeger, Kaserer, Kirschbaum, Kokesch, Kornfeld, Kornitzer, Krasnopolski, Langer, Leipen, v. Maasburg, W. Mayer, Neumayer, Nowak, Ofner, Oliva, Ott, Petschek, Pisko, Alfr. Pollak, Rudolf Pollak, Prinzinger, Reinitz, Jos. Rosenblatt, Roztočil, v. Ruber, Schimm, v. Schrutka-Rechtenstamm, Friedr. Schober, v. Schullern, Schuster, Sommer, Adolf Stein, Joh. Swoboda, Tanzer, Thorsch, Wantoch, Wien, Winterhalder, v. Wöss, Zrodlowski, Zugschwerdt.

Diese Abhandlungen und zum Theil sehr kleinen Aufsätze sind in nachstehenden Zeitschriften erschienen: Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart; (Prager) Juristische Vierteljahrsschrift; Zeitschrift für Volkswirthschaft, Socialpolitik und Verwaltung; Gellers Centralblatt für die juristische Praxis; Gerichtshalle; Allgemeine österreichische Gerichtszeitung; (Wiener) Juristische Blätter; Handelsmuseum. Die Titel der Abhandlungen wie auch jene der zahlreichen anonymen Aufsätze werden an den entsprechenden Orten angegeben.

Eine Reihe von Fragen des Concursrechts ist in den Systemen und Lehrbüchern des österreichischen Privatrechts von Burckhard, Krainz-Pfaff, Schiffner und Unger[2]) und in Hasenöhrls österr. Obligationenrecht, ferner in den systematischen Arbeiten über österreichisches Civilprocessrecht von v. Canstein und Ullmann, im österreichischen Rechtslexikon, endlich in einer Anzahl von Abhandlungen erörtert, welche sich ex professo mit anderen Materien beschäftigen. Wichtig sind hier besonders die Arbeiten über das Hypothekenrecht, die registrirten Genossenschaften, die Besitzer von Pfandbriefen und von Theilschuldverschreibungen; sie werden am gehörigen Orte angeführt.

e) Präjudicien-Sammlungen:

Anton Wintersperger, die Entscheidungen des obersten Gerichts- und Cassationshofes zur Concursordnung vom 25. December 1868, vom Tage der Giltigkeit des Gesetzes bis October 1876; 1877.

Anton Riehl, Die Concursordnung erläutert durch die Spruchpraxis sammt allen Durchführungsverordnungen, den Bestimmungen über den Genossenschafts-Concurs, ausführlichem alphabetischen Register und vollständigen Literaturangaben,[3]) 1882.

Diese zwei älteren Spruchsammlungen beziehen sich ausschliesslich auf die Concursordnung. Ueberdies sind auf das Concursrecht bezügliche Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in den Spruchsammlungen von Glaser-Unger (jetzt Pfaff-Schey-Krupcky), Nowak (jetzt Coumont-Schreiber), Adler-Clemens, Links und Riehl, sowie in den juristischen Wochenschriften enthalten. Eine Anzahl von Entscheidungen, welche zum Anfechtungsrecht ergangen sind, wurden von Dr. Z. in der Gerichthalle 1891, No. 8—13 besprochen.

II. Das frühere österreichische Concursrecht.[4])

Anton Edl. v. Födransperg, Praktische Beobachtungen über die allgemeine Concursordnung etc., 1786.

Josef Anton Mayrhofer, Der Gantprocess in den k. k. böhmisch-österreichischen Erblanden, 1793.

---

[2]) Auch diese Arbeiten werden in der Folge nur mit dem Namen des Autors citirt.

[3]) Die Literaturangaben beschränken sich auf die Angabe des Ortes, wo eine Abhandlung sich findet, ohne Angabe ihres Autors und Titels.

[4]) Es werden nur die wichtigsten Schriften genannt.

Joh. Ignaz Späth, Versuch eines Leitfadens bei Verhandlung eines Concurses in den k. k. böhmisch-österreichischen Erblanden, 1802.

P. E. Gspan, Abhandlung über die gesetzmässige Befriedigung concurrirender Gläubigor ausser und bei der Concursverhandlung, 3 Bände, 1837—1839.

Fr. Haimerl, Vorträge über den Concurs der Gläubiger nach den in den österreichischen Staaten geltenden Gesetzen, 1840.

Ferd. Schuster, Darstellung der Concursordnung für Ungarn etc. vom 18. Juli 1853, 2. Aufl. 1857.

(Anonym), Das Vergleichs-Verfahren bei Zahlungseinstellungen von protok. Handels- und Gewerbsleuten und Fabrikanten nach den Gesetzen vom 18. Mai 1859 R.G.B. No. 90, und vom 15. Juni 1859 R.G.B. No. 108, 1859. Ablehnend recensirt in der österr. Vierteljahrschrift Bd. IV S. 49—53 der literarischen Anzeigen.

Fr. Haimerl, Ueber die legislative Thätigkeit auf dem Gebiete des civilgerichtlichen Verfahrens in Oesterreich: IV das Concurs- und Ausgleichsverfahren (in der österreichischen Vierteljahrschrift für Rechts- und Staatswissenschaft X S. 168—187), 1862; belehrend für die Geschichte des österreichischen Concursrechtes seit 1781.

Karl Reich, Das Ausgleichsverfahren in Oesterreich, 1865.

Eine Darstellung der Lehre von den Moratorien und der Cessio bonorum giebt F. X. Nippel, Erläuterung der allg. Ger. Ordng. II S. 333—374; 735—741. Historische Notizen finden sich für diese Zeit auch in der Schrift von Alfons von Domin-Petrushevecz, Neuere österr. Rechtsgeschichte, 1869.

III. Das gemeine Concursrecht.[5])

Christoph Christian Dabelow, Ausführliche Erläuterung der Lehre vom Concurse der Gläubiger, 1801.

Wilh. Aug. Friedr. Danz, Grundsätze der summ. Processe, 3. Ausg. 1806, S. 218—319 (umgearbeitet von Nic. Thad. Gönner).

Carl Friedr. Reinhardt, Die Lehre vom Gant und Gantverfahren, nach röm., gem. und württemb. Rechte, 1819.

Wolfg. Heinr. Puchta, Ueber den Concursprocess, besonders mit Rücksicht auf die Mittel seiner Abwendung und Abkürzung, 1827.

---

[5]) Es werden nur die wichtigsten Schriften genannt.



Günther, Concurs (in Weiske's Rechtslexikon II S. 776—863) 1840.

Hieronymus v. Bayer, Theorie des Concursprocesses nach gemeinem Rechte, 4. Aufl. 1850.

Karl Fuchs, Das Concursverfahren, 1863.

Otto Stobbe, Zur Geschichte des älteren deutschen Concursprocesses, 1888 (behandelt das deutsche Recht des 13. bis 17. Jahrhunderts).

W. Endemann, Die Entwicklung des Concursverfahrens in der gemeinrechtlichen Lehre bis zur deutschen C.O. vom 10. Februar 1877 (in Zeitschr. f. dtsch. Civilpr., XII S. 24—96).

IV. Das preussische Concursrecht nach dem Gesetz vom 8. Mai 1855.

C. F. Koch, Die preussische Concursordnung, herausgegeben mit Commentar, 2. Aufl. 1867.

Goldtdammer, Commentar und vollständige Materialien zur Concursordnung vom 8. Mai 1855.

V. Das deutsche Concursrecht.[6])

Dasselbe ist vielfach und gut bearbeitet. Commentare sind erschienen von G. v. Wilmowski (4. Aufl. 1889), Petersen und Kleinfeller (3. Aufl. 1893), v. Sarwey (2. Aufl.), v. Völderndorff (2. Aufl.) u. A.

Systematische Darstellungen haben u. A. gegeben:

Hermann Fitting, Das Reichsconcursrecht und Concursverfahren, 2. Aufl. 1883.

Karl Fuchs, Der deutsche Concursprocess, 1887.

W. Endemann, Das deutsche Concursverfahren, 1889.

J. Kohler, Lehrbuch des Concursrechts, 1891.

Hervorzuheben sind ferner die Darstellung des materiellen Concursrechts von Dernburg, Preussisches Privatrecht Bd. II §§ 111 bis 132; die Ausführungen von Wach, Handbuch des deutschen Civilprocessrechtes I S. 542 ff., 589 f.; endlich die von Friedrich Stein bearbeiteten Actenstücke zur Einführung in das Processrecht, 2. Aufl., Civilprocess S. 151 ff. Die grosse Zahl von Monographien, unter deren Verfassern namentlich Cosack, Kohler, Oetker, Julius Petersen, Lothar Seuffert und A. S. Schultze zu nennen sind, kann hier nicht angeführt werden.

[6]) Es werden nur die wichtigsten Schriften genannt.

§ 5. Auslegung.

I. Bei der Auslegung der concursrechtlichen Vorschriften gelten vor Allem die allgemeinen Auslegungsregeln[1]) über die authentische[2]) und doctrinelle Interpretation, und bei letzterer über die grammatische und logische (ausdehnende, berichtigende, einschränkende) Interpretation. Die C.O. enthält in diesem Punkte keine Vorschriften.

Auch die nach dem früheren Concursrechte unzulässige[3]) Analogie ist jetzt nach allgemeinen Rechtsregeln auf dem Gebiete des Concursrechts zulässig.

II. Bezüglich des Verhältnisses, in welchem die einzelnen Gesetze bei der Auslegung gegen einander abzuwägen sind, gilt folgendes:

Die Concursordnung gibt sich zwar nicht als ausschliessliches Gesetz, bestimmt aber im Art. I al. 2 des Einführungsgesetzes, dass „alle bisherigen Gesetze und Verordnungen über Gegenstände dieser Concursordnung, soweit sie durch dieselbe geregelt sind“, ausser Kraft treten. Damit ist festgestellt, dass gegenüber früheren Gesetzen die Concursordnung das stärkere Gesetz ist, soweit es sich um Materien handelt, welche die Concursordnung regelt, und dass bei der Auslegung auf dieses Verhältniss Rücksicht zu nehmen ist. So ist z. B. § 470 a. b. G.B. durch § 103 C.O. derogirt, so § 1260 a. b. G.B. durch § 49 C.O., so Art. 122 H.G. durch § 201 C.O. Hiebei ist irrelevant, ob die abändernde Regelung der C.O. eine beabsichtigte war oder nicht.

Das Anfechtungsgesetz ist als Ausnahmsgesetz im Zweifel restrictiv zu interpretiren.[4]) Es steht zur Concursordnung im gleichen Verhältnisse, wie diese zu den früheren Vorschriften,

---

[1]) Unger, I S. 76 ff.; Krainz-Pfaff, I S. 16 ff.; Pfaff u. Hofmann, Comm. I S. 166 ff.; Menger, System I S. 106 ff.; Wach, Handb. d. dtsch. Civilpr. I S. 254—309.

[2]) Eine auf Grund der a. h. Entschl. v. 7. August 1872 (bei Manz VI I S. 48 f.) zur Erhaltung der einheitlichen Rechtsprechung in das Judicatenbuch oder Spruchrepertorium aufgenommene Entscheidung des O.G.H. hat nicht die Bedeutung einer authentischen Interpretation.

[3]) Pat. v. 1. Mai 1781 J.G.S. No. 14.

[4]) Menzel, Anfechtungsrecht S. 8.

d. h., in Materien, welche das Anfechtungsgesetz regelt, ist dieses das vorzüglichste Gesetz, welches bei der Auslegung vor Allem zu beachten ist. Bei einem Widerspruch zwischen der Concursordnung und dem Anfechtungsgesetz geht daher das letztere vor; vgl. z. B. § 49 C.O. und § 3 Anf.G.; § 131 C.O. und § 48 Anf. Ges.

III. Als Hilfsmittel der Auslegung sind die Motive (insbesondere zum Referentenentwurf der Concursordnung), ferner die Berathungen der beiden Häuser des Reichsrathes zu benützen. Freilich muss diese Verwerthung mit Vorsicht geschehen, denn diese Hilfsmittel indiciren nur die Absicht des Gesetzgebers, sie erklären nicht den Willen des Gesetzes.

Da als Muster für die österreichischen Entwürfe die preussische Concursordnung vom 8. Mai 1855 anzusehen ist, kann auch diese und ihre Literatur (mit Vorsicht) benutzt werden.

Abzulehnen ist dagegen die Heranziehung der österreichischen Concursordnung vom 1. Mai 1781, von der man sich absichtlich bei der neuen Codification abwendete.[5] Auch die Erklärung der österreichischen Concursordnung vom 25. December 1868 aus der ungarischen Concursordnung, Ges. Art. XVII ex 1881, oder aus der deutschen Concursordnung vom 10. Februar 1877 ist unstatthaft. Dagegen sind allerdings die Resultate der deutschen Theorie vielfach verwerthbar.

§ 6. Systematische Stellung.

I. Die Frage nach der systematischen Stellung des Concursrechts muss getheilt werden in jene nach der systematischen Stellung des materiellen Concursrechts und in jene nach der des Concursverfahrens.

Das materielle Concursrecht bildet einen Theil des Privatrechts.

Streitig ist dagegen seit altersher die Stellung des Concursverfahrens. Auf diese Frage sind drei Antworten möglich: man reiht das Concursverfahren in den Civilprocess, in das Executionsverfahren, oder in die freiwillige Gerichtsbarkeit (Verfahren ausser Streitsachen) ein.

II. Die Einreihung des Concursverfahrens in den Civilprocess, und zwar speciell in den summarischen Process ist die herrschende

[5]) Vgl. die Motive des Ausschusses des Abgeordneten-Hauses bei Kaserer S. 14; a. M. Schwarz S. 39.



gemeinrechtliche Lehre[1]) und für diese wie auch für die österreichische Concursordnung vom 1. Mai 1781[2]) gerechtfertigt. Denn dieser Concurs wird mit der Bedeckungsklage erbeten, die Ansprüche der Gläubiger im Concurse werden mit Liquidirungsklage bei sonstiger Präclusion geltend gemacht, mit dem Liquidirungsurtheil und ihre Rangordnung mit dem Collocationsurtheil festgestellt.

Das heutige deutsche und österreichische Concursverfahren rechnet man in diesem Sinne kaum mehr zum Civilprocess[3]) in des Wortes engerer Bedeutung, sondern mehrfach[4]) zum Executionsverfahren, wobei freilich nicht viel Bestimmtes unter den Bezeichnungen „Generalexecutionsverfahren“, eine „Art der Zwangsvollstreckung“, „Universalexecution“‘ „Vollstreckungsverfahren mit Selbhilfe der Gläubigerschaft“ gesagt wird. Gemeinsam ist allen Anhängern dieser Lehre, dass sie auf die von ihnen statuirte Zweckbestimmung des Concursverfahrens: die zwangsweise gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger —, das Hauptgewicht legen.

Eine dritte Auffassung[5]) rechnet das Concursverfahren zur

---

[1]) Vgl. Dabelow, Lehre v. Concurs, S. 583; Bayer, Concursprocess S. 5 ff.; Matthiae, Controversen-Lex. III S. 163 ff.; Endemann, Das deutsche Concursverf. S. 2 f.; a. M. Wach, Handb. 1 S. 44; Oetker, Concursrechtl. Grundbegriffe I S. 18 ff.; die richtige Meinung ist schon für das gemeine Recht vertreten von Schweppe, System d. Conc. S. 18 (entg. S. 181); Martin, Lehrb. d. Civilpr. § 141.

[2]) Vgl. Mayrhofer, Der Gantprocess; Haimerl in österr. Viertelj. X S. 171 ff.

[3]) Der Name Concursprocess kommt noch vor in den Motiven des Referententwurfes (bei Kaserer S. 15) und bei Vesque-Püttlingen, Handb. d. in Oesterr.-Ung. geltenden Privatrechts, 2. Aufl. S. 485; ferner in Gl.U. 4260, 4469, 5823; vgl. auch Gl.U. 6199. Zum Civilprocess rechnet das Concursverfahren A. S. Schultze, Das deutsche Concursrecht S. 140 ff.; dagegen v. Canstein in Grünhut's Ztschr. IX S. 491.

[4]) Ullmann in Grünhut's Ztschr. IV S. 114; Anonymus in Jur. Bl. 1880 S. 432 f.; Jaeger in G.H. 1879 S. 133; Ofner in G.H. 1886 S. 119; Schwarz S. 59; Wach, Handb. I S. 49 ff.; Endemann a.a.O. S. 4; Kohler, Leitfaden d. Concursrechts S. 144; L. Seuffert, Zur Gesch. u. Dogm. d. dtsch. Concursr. S. 75. Umgekehrt bezeichnet Exner, Oesterr. Hypothekenr. S. 559 einen Theil der Immobiliarexecution als (Real-) Concurs.

[5]) Roztočil in Not.Zeitg. 1883 S. 49; v. Schrutka, Compensation im Concurs S. 90 Anm. 1; Schwarz S. 60; Gl.U. 8169, 10199, 12597;

freiwilligen Gerichtsbarkeit, hauptsächlich davon ausgehend, dass nach seiner gegenwärtigen Gestaltung in demselben ein Rechtsstreit nicht nur nicht nothwendig, sondern nicht einmal möglich sei, weil alle Civilprocesse ausserhalb des Concursverfahrens sich abspielen.

III. Das österreichische Concursverfahren ist als ein Theil des Verfahrens ausser Streitsachen anzusehen. Vor allem ist dies der z. B. in den §§ 86 und 257 C.O. deutlich ausgesprochene Wille des Gesetzes,[6] welches in diesen Paragraphen vorschreibt, dass die Versiegelung und Inventirung der Masse nach den Vorschriften „über das gerichtliche Verfahren ausser Streitsachen" vorzunehmen sei,[7] (soweit die Concursordnung nichts Anderes vorschreibe), und dass auf die Verfügungen und Entscheidungen des Concurscommissärs und die dawider eingeholten Beschlüsse des Concursgerichts in Ansehung der Fristen zur Einbringung von Vorstellungen und Recursen und in Betreff der Vollstreckbarkeit der Entscheidungen vor Ablauf der erwähnten Fristen die Bestimmungen „in nicht streitigen Rechtsangelegenheiten" Anwendung zu finden haben.[8])

Mit diesem ausgesprochenen Willen des Gesetzes (welches allerdings an anderen Stellen, namentlich bei der Feilbietung, auf das Executionsverfahren verweist), decken sich die Resultate der Theorie, welche die Einreihung des Concursverfahrens in den Civilprocess nicht gestatten.

Der Civilprocess ist ein Verfahren zur Sicherung, Feststellung und zwangsweisen Durchsetzung von bestimmten Rechtsschutzansprüchen, regelmässig Privatrechten, auf Grund richterlicher Entscheidung nach Gewährung rechtlichen Gehörs an beide Parteien.

In diesen Civilprocess passt das Concursverfahren nicht. Es fehlt: a) das Parteiverhältniss wenigstens in den Fällen, in welchen

---

— vgl. A. Menger im Arch. f. civ. Pr. LV S. 413; Motive zur dtsch. C.O. S. 9 ff.; Petersen-Kleinfeller, Comm. S. XIII; Oetker a.a.O. S. 19 ff.

[6]) Ausnahmsweise wird auch auf die Civilprocessgesetze in der C.O. verwiesen, z. B. im § 142 ff. C.O. Die deutsche C.O. verweist gerade umgekehrt im § 65 grundsätzlich auf die Civilprocessordnung.

[7]) Kais. Pat. v. 9. August 1854 R.G.B. No. 208, §§ 93—114; hiezu Schuster, Commentar (4. Aufl.).

[8]) §§ 9—16 des cit. Kais. Pat. v. 9. August 1854 R.G.B. No. 208.

der Masseverwalter die Gläubiger vertritt, und daher nicht als deren Gegner angesehen werden kann; b) die rechtliche Möglichkeit beiderseitigen Gehörs, das Erkenntnissstadium des Civilprocesses, welches ausdrücklich aus dem Concursverfahren hinaus in besondere Processe verwiesen ist;[9]) c) die richterliche Entscheidung über die geltend gemachten Ansprüche; im Concursverfahren können dieselben nur vom Masseverwalter (und Gemeinschuldner), sowie von concurrirenden Gläubigern (ausdrücklich oder stillschweigend) anerkannt,[10]) aber gegen deren Widersprnch nur in einem ausserhalb des Concursverfahrens sich abspielenden Processe festgestellt werden.[11])

Auch zu dem einen Theil des österreichischen Civilprocesses bildenden[12]) Executionsverfahren kann man das Concursverfahren nicht rechnen. Denn die Aehnlichkeit der beiden Verfahren ist nur äusserlich.

Das österreichische Zwangsvollstreckungsverfahren dient zur zwangsweisen, durch die Staatsgewalt erfolgenden Befriedigung eines festgestellten Anspruches durch Verwerthung einzelner Vermögensstücke des Schuldners. Keines dieser Merkmale passt auf jedes Concursverfahren.[13])

Es gehört nicht zum Begriffe des Concursverfahrens, dass zwangsweise wider den Schuldner vorgegangen werde. Vielmehr kann nach §§ 62 und 194 C.O. der Sehuldner selbst, sein Erbe oder sein Nachlasscurator um die Concurseröffnung einschreiten, so dass von einem gegen ihn geübten Zwang keine Rede ist. Diese Concurseröffnungen können sogar gegen den Willen auch aller Gläubiger stattfinden.

Weiter ist die (staatliche) Festellung der Ansprüche im Concursverfahren nicht die Voraussetzung ihrer Befriedigung. Vielmehr kann nach § 63 C.O. ein Gläubiger die Concurseröffnung auch auf Grund eines Anspruches verlangen, der nicht urtheilsmässig festgestellt, sondern nur durch einen vollen Glauben verdienende

---

[9]) § 124 ff. C.O.

[10]) § 119 C.O.

[11]) §§ 124, 126, 127, 137 C.O.

[12]) R. Pollak in Allg. österr. Ger. Ztg, XLV S. 261 Anm. 5; a. M. v. Schrutka in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XVIII S. 271; R. Schmidt, Ausserger. Wahrnehmungen des Processr. S. 1.

[13]) Petersen im Sächs. Arch. I. S. 1 ff. u. in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XVIII S. 183.

Urkunde nachgewiesen ist.[14]) Und im Concursverfahren selbst ist die richterliche Feststellung eines Anspruches nicht die Voraussetzung seiner Befriedigung; ja sie geht ihr nicht einmal in der Regel voran. Vielmehr genügt grundsätzlich die nach § 119 C.O. erfolgte Anerkennung eines Anspruchs durch den Masseverwalter (wenn kein Gläubiger widerspricht), um diesem Anspruche die Theilnahme an den Vertheilungen des Concursvermögens zu sichern.

Ferner ist das Concursverfahren nicht auf die Verwerthung einzelner Vermögensstücke des Schuldners beschränkt, sondern hat das gesammte der Execution unterliegende Vermögen des Schuldners zu ergreifen. Eine solche Universalexecution (dazu unter grundsätzlichem Verzicht auf die Prioritätsordnung der Pfandrechte) kennt aber das österreichische Recht so wenig wie ein Generalpfandrecht.

Endlich erfolgt die Realisirung und Verwerthung dieser Vermögensmasse grundsätzlich nach § 144 C.O. nicht durch die Staatsgewalt (das Gericht), sondern durch die „Gläubigerschaft“, d. i. durch den Masseverwalter.

Aus diesen Gründen ist das Concursverfahren weder dem Civilprocesse überhaupt noch dem Executionsverfahren zuzuweisen, sondern, wie das Gesetz es verlangt, dem Verfahren in Geschäften ausser Streitsachen (der freiwilligen Gerichtsbarkeit). Diese Zutheilung ist auch durch die im § 1 entwickelten Zwecke des Concursverfahrens gerechtfertigt.

IV. Aus der Zugehörigkeit des Concursverfahrens zum Verfahren ausser Streitsachen ergeben sich wichtige Consequenzen.

Vor allem können, soweit die Concursordnung es nicht ausdrücklich vorschreibt, die Vorschriften des Civilprocesses nicht angewendet werden; die Civilprocessnovelle vom 16. Mai 1874 R.G.B. No. 69, z. B. war,[15]) die §§ 123 ff. C.P.O. sind im Concursverfahren unanwendbar, und eine Contumaz im Concurseröffnungsverfahren giebt es nicht.

Andererseits kommen, soweit die Concursordnung nichts anderes vorschreibt (demnach subsidiär) die Vorschriften des Verfahrens ausser Streitsachen, also insbesondere das kais. Pat. v.

---

[14]) Kaserer S. 116 ff.; Kissling S. 128. Wie Text Gl.U. 3980, 4033, 8076; entg. Gl.U. 4311, 4752, 8060, 9209, 11126.

[15]) A. M. Gl.U. No. 6199.



9. August 1854 R.G.B. No. 208 auch dort zur Anwendung, wo die Concursordnung sie nicht ausdrücklich beruft.

Dies ist z. B. wichtig bei den Fragen der Beweislast, der Rechtsmittel und der Kosten des Verfahrens.

a) Von einer dem Gläubiger obliegenden Beweislast ist im Concursverfahren keine Rede. Vielmehr sind schon im Concurseröffnungsverfahren die Voraussetzungen der Concurseröffnung, z. B. die Zuständigkeit des Gerichts,[16]) nicht vom Gläubiger zu beweisen, sondern vom Gerichte nach § 2 Z. 5 und 6 des cit. kais. Patentes von Amtswegen zu erheben.[17]) Im Concurse selbst haben das Gericht und der Masseverwalter die Pflicht, den Passivstand der Masse, d. h. die Ansprüche der Gläubiger festzustellen. Zu diesem Zwecke muss der Concurscommissär den Gemeinschuldner, der nicht schon vor der Concurseröffnung ein genaues Vermögens- und Schuldenverzeichniss vorgelegt hat, dazu anhalten (§ 96, C.O.). Der Masseverwalter hat u. a. den Passivstand der Masse zu ermitteln und hiezu die angemeldeten Ansprüche mit der Sorgfalt eines redlichen und fleissigen Hausvaters zu prüfen (§ 76 C.O.). Auf Grund dieser Prüfung hat er dann bei der Liquidirungstagfahrt seine Erklärungen (Anerkenntnisse oder Ablehnung derselben) über die angemeldeten Ansprüche und im Laufe des Verfahrens seine Erklärungen über solche Ansprüche abzugeben, welche nicht zur Anmeldung gelangen (Rückforderungs-, Real-, Masse-Ansprüche). Ergiebt die nach § 76 C.O. vorgenommene Prüfung eines Anspruchs, dass er gerechtfertigt ist, so darf kein weiterer Beweis vom Gläubiger gefordert, sondern der Anspruch muss anerkannt, resp. befriedigt werden.

Im Laufe des Concursverfahrens kann andererseits das Concursgericht Zeugen und Sachverständige wann immer von Amtswegen vernehmen, z. B. bei der Prüfung eines Zwangsausgleiches.

b) Bezüglich der Rechtsmittel verweist die Concursordnung ohnedies im § 257 auf das kais. Patent vom 9. August 1854 R.G.B. No. 208. Freilich trifft sie gleichzeitig mehrfach (z. B.

---

[16]) § 41 der J.N.; Gl.U. No. 5473, 11075.

[17]) A. M. Anthofer, Zur Anwendung des § 63 C.O. (in G.H. 1871 No. 99); Kaserer S. 116ff.; Gl.U. No. 3951, 4907, 7873; O.G.H. in Jur.Bl. 1890 No. 14; ferner die O.L.G. bei Gl. 4260, 4469. Die neue Theorie und die Praxis zum grösseren Theil stehen auf dem im Text vertretenen Standpunkt: Schwarz S. 60ff.; Gl.U. 3477, 3819, 3876, 4063, 4260, 4827, 5187, 5348, 5575, 6231, 7084, 8672, 8914, 13158; Jud.Buch No. 71.

in den §§ 177,[18]) 255 und 257 al. 1 abweichende Anordnungen über die Zulässigkeit von Rechtsmitteln und den Rechtszug, welche selbstredend vor jenen des kais. Patentes vom 9. August 1854 R.G.B. No. 208 zu beobachten sind.

c) Die Frage nach den Kosten des Verfahrens wird nach den Grundsätzen der freiwilligen Gerichtsbarkeit dahin beantwortet, dass Jedermann seine Kosten selbst zu tragen hat, sofern die Concursordnung nicht ausdrücklich etwas anderes vorschreibt (z. B. in den §§ 27 und 123 al. 4 C.O.). Ein Kostenersatz findet nicht statt.

Darum haftet einerseits der Gläubiger, welcher die Concurseröffnung beantragt, nicht für die Kosten des Concursverfahrens,[19]) u. z. weder dem Staate für seine Gebühren noch dem Notar, dem Masseverwalter oder anderen Personen für ihre Kosten. Die Kosten fallen dem Schuldner zur Last und sind zunächst (und rücksichtlich der Kosten der Anfechtungsprocesse ausschliesslich) aus der Concursmasse zu befriedigen (§§ 28, 29, 160 C.O).

Andererseits werden dem Gläubiger weder die ihm durch das Concurseröffnungsverfahren[20]) noch durch das Concursverfahren selbst erwachsenden Kosten von dem Gemeinschuldner oder auch nur aus dessen Concursvermögen ersetzt. Der Gläubiger muss diese Kosten, z. B. jene der Anmeldung seiner Forderung, selbst tragen.[21])

Die durch die Concursverhandlung entstandenen Kosten endlich sind von dem Gemeinschuldner selbst, dessen Vermögen ja verwaltet und seinem Zwecke (der Befriedigung der Gläubiger) zugeführt wird, zu tragen, u. z. zunächst aus dem Concursvermögen (§ 29 Z. 1 C.O.), resp. aus den Specialmassen, in deren unmittelbarem Interesse sie aufgewendet werden (§§ 31, 38 C.O.). Dieser Grundsatz wird dadurch ein wenig alterirt, dass der Masseverwalter auch Functionen ausübt, die nicht das Vermögen des Gemeinschuldners betreffen (Anfechtungsansprüche).

---

[18]) Frankl, Streitfragen aus dem Concursrecht (in Jur.Viertelj. 1889 S. 131 f.).

[19]) Jud.B. No. 71; Gl.U. 3761, 4209, 9614, 10452, 11926; entg. Anthofer in G.H. 1869 No. 49; Gl.U. 5171.

[20]) Gl.U. 9498, 10784, 11052; Schwarz S. 61; entg. Gl.U. 11515.

[21]) Eine scheinbare Ausnahme statuirt § 133 al. 2 C.O.

V. Ganz anders steht es, wie natürlich, mit den Processen, welche im Laufe eines Concursverfahrens zu führen sind, mögen es nun Liquidirungs- und Rangordnungsprocesse oder solche Rechtsstreitigkeiten sein, welche zur Zeit der Concurseröffnung für oder wider den Gemeinschuldner anhängig waren (§ 7 C.O.), oder endlich solche, die erst während des Verfahrens für oder wider den Gemeinschuldner, resp. die Concursmasse, entstehen.

Die Frage der Ersatzpflicht dieser Kosten richtet sich nach den Grundsätzen des Civilprocesses,[22]) u. z. ganz unabhängig davon, ob der Masseverwalter, oder, wie unter Umständen möglich,[23]) der Gemeinschuldner selbst als Kläger oder Geklagter in diesen Processen auftritt. Der Zuspruch oder die Auferlegung des Processkosten-Ersatzes erfolgt ohne Rücksicht auf den Concurs.

Nur wird zur Erfüllung dieser Ersatzpflicht in der Praxis eine Paritionsfrist dann nicht bestimmt, und es erfolgt eine Executionsandrohung für den Fall der Nichterfüllung dieser Ersatzpflicht dann nicht, wenn diese Erfüllung aus dem Concursvermögen geleistet werden soll, d. h. wenn der Ersatz dieser Kosten, um in der in der Praxis üblichen Formulirung zu sprechen, „der Concursmasse“ aufgetragen ist.[24])

Der Gemeinschuldner haftet auch persönlich und nach der Beendigung des Concurses für diese Kosten dann, wenn es nicht solche aus Anfechtungsprocessen sind, die der Masseverwalter als Kläger geführt hat.

§ 7. Die Factoren im Concurse.

I. Als Factoren im Concurse erscheinen:[1])

1. Das Concursgericht, d. i. jenes Gericht, bei welchem das Concursverfahren stattfindet, und welches grundsätzlich als Aufsichtsbehörde, als Instanz über den Concurscommissär (§§ 70,

[22]) §§ 40 ff. C.P.O.

[23]) § 5, 9 C.O.; vgl. auch die Entsch. in G.Z. 1866 No. 35; 1868 No. 33, 44; 1869 No. 77; Gl.U. 10293.

[24]) Gl.U. No. 4858, 9551, 9597, 10694, 11211, 11974, 12035; entg. Gl.U. No. 9299, 11150. Siehe unten § 55.

[1]) v. Canstein, Construction der Concursrechtsverhältnisse, in Grünhut's Ztschr. IX S. 461—491.

257 C.O.), bisweilen selbst als verfügendes Organ des Concurses erscheint (§ 148 C.O.);

2. Der Concurscommissär, d. i. der vom Concursgericht zur selbständigen Leitung der Concursverhandlung und zur Ueberwachung der mit der Vermögensverwaltung betrauten Personen bestellte richterliche Beamte (§ 70 C.O.);

3. Der Gemeinschuldner (Cridatar, Gantschuldner),[2] d. i. jene Person, über deren Vermögen die Concursverhandlung geführt wird;

4. Die Gläubiger im allerweitesten Wortsinne, d. s. jene Personen, welche aus dem (thatsächlich in die Concursverhandlung gezogenen) Vermögen des Gemeinschuldners einen Anspruch befriedigt wissen wollen. Sie zerfallen

a) in Rückforderungsberechtigte (§ 26 C.O.),

b) in Realgläubiger (§§ 30ff. C.O.),

c) in Massegläubiger (§§ 28, 39 C.O.),

d) in Concursgläubiger (§§ 42 ff.), bisweilen auch schlechthin Gläubiger (im engeren Sinne) genannt (§ 119 C.O. z. B.),

e) in concurrirende Gläubiger;

5. Der Masseverwalter (Concursmasseverwalter), d. i. der Vertreter des Gemeinschuldners hinsichtlich des Concursvermögens und der Concursgläubiger hinsichtlich der Anfechtungsansprüche; ferner der Masseverwalter-Stellvertreter und die besonderen Verwalter;

6. Der Gläubigerausschuss, d. i. ein von den concurrirenden Gläubigern gewähltes Organ derselben zur Ueberwachung und Unterstützung des Masseverwalters (§§ 85, 140 C.O.);

7. Die Gläubigerversammlung, d. i. ein Organ zur Ueberwachung und Unterstützung des Masseverwalters, sowie zur Ausübung gemeinsamer Rechte aller concurrirenden Gläubiger (§§ 74, 143 ff. C.O.). Davon sind zu unterscheiden die Tagfahrten, welche allen concurrirenden Gläubigern zur Wahrung der jura singulorum offen stehen, z. B. die Liquidirungstagfahrt (§ 119 al. 2 C.O.).

II. Zu den Factoren im Concurse rechnen manche die Gläubigerschaft, d. i. nach dem Wortlaut des Gesetzes (§ 1 al. 2 C.O.)

---

[2]) Vgl. über den terminus „Gant" Grimm's deutsches Wörterbuch IV 1. Hälfte Sp. 1282 ff.; die ältere Terminologie s. bei Stobbe a. a. O. S. 27 ff.

die Gesammtheit derjenigen Gläubiger, deren Ansprüche zur Zeit der Concurseröffnung bestanden haben;[3]) das Gesetz schreibt[4]) dieser Gläubigerschaft im § 1 C. O. das Recht zu, das Concursvermögen in Verwahrung und Verwaltung zu nehmen und zur Befriedigung der eben genannten Gläubiger zu verwenden. Diese Vorschrift des Gesetzes ist lediglich eine irrige doctrinelle Fiction.[5])

§ 8. Grundgedanken des Concursrechtes.

I. Ein Gedanke, welcher der Concursordnung vom 25. December 1868 zu Grunde liegt, ist jener der Universalität des Concurses,[1]) u. z. sowohl in Rücksicht der Activen als der Passiven, d. i. des Vermögens (im engeren Sinne) und der Gläubiger. Es soll das ganze schuldnerische Vermögen zur Befriedigung aller seiner Gläubiger verwendet werden (§ 1 C. O.).

Dieser Gedanke wird jedoch sowohl rücksichtlich der Activen als der Passiven durch andere, namentlich Zweckmässigkeits-Erwägungen einerseits eingeschränkt, andererseits erweitert.

1. In den Concurs fallen trotz seiner Universalität von den Activen des Gemeinschuldners nicht:

a) jenes schuldnerische Vermögen, welches der Execution nicht oder nur für bestimmte Ansprüche unterliegt (§ 1 C. O.),

b) jener schuldnerische Erwerb, welcher ihm zu seinem und seiner Angehörigen Unterhalt von den Gläubigern überlassen wird (§ 5 C. O.),

c) jene schuldnerischen Vermögensstücke, auf welche ein Pfand- oder Retentionsanspruch geltend gemacht wird, insoweit diese Ansprüche nicht gedeckt sind (§§ 30 ff., 163 ff. C. O.),

d) das im Auslande befindliche Immobiliar-Vermögen eines Gemeinschuldners, über dessen Vermögen die Concurseröffnung im Inlande stattgefunden hat (§§ 59, 61 C. O.) (Territorialprincip),

---

[3]) Die Unrichtigkeit dieser Definition ist im § 47 nachgewiesen.

[4]) Ebenso die preuss. C. O. vom 8. Mai 1855 § 4.

[5]) A. M. v. Canstein a. a. O. S. 465 ff. In der deutschen Literatur herrscht darüber (mit Ausnahme Kohler's) Einhelligkeit: Fitting § 5 No. 17; Schultze S. 13 ff.; Endemann § 14 No. 19; Löhr in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XVI S. 382 ff. u. a. m.

[1]) Schwarz S. 38 f.; Kaserer S. 30.

e) jene schuldnerischen Vermögensstücke, welche die hiezu befugten Organe, d. i. Concurscommissär, Masseverwalter, Gläubigerausschuss, Gläubigerversammlung aus dem Concursband, welches das schuldnerische Vermögen umschlingt, (durch Handlungen oder Unterlassungen) lösen. Beispiel: Der Masseverwalter verzichtet darauf, eine Forderung des Gemeinschuldners für die „Concursmasse“ geltend zu machen; damit ist diese Forderung dem Drittschuldner nicht erlassen, sie ist nur aus der Concursmasse ausgeschieden.

Auf Grund dieser sub a—e genannten Fälle kann ein wesentlicher Unterschied zwischen dem in den Concurs gezogenen und dem schuldnerischen Vermögen bestehen; das letztere kann jenes (die Ist-Masse) wesentlich überragen.

Andererseits kann auch das Concursvermögen mehr umfassen als das schuldnerische Vermögen, nämlich

a) die Anfechtungsansprüche,

b) solche Vermögensstücke, die irriger Weise zu dem Concursvermögen gezogen werden (§ 92 C.O.), ohne dass jedoch in der Folge der Berechtigte seine Ansprüche auf dieselben mit Erfolg geltend machen würde.

2. Am Concurse nehmen von jenen Personen, die an den Gemeinschuldner einen Anspruch stellen, nicht Theil:

a) die Rückforderungsberechtigten,

b) die Realgläubiger als solche,

c) jene, welche einen Anspruch auf eine persönliche Leistung, Unterlassung oder Duldung des Gemeinschuldners geltend machen (§ 9 C.O.).

d) jene, welche einen Anspruch auf das der Concursbehandlung nicht unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners erheben (§ 9 C.O.).

e) jene Concursgläubiger, welche am Verfahren nicht theilnehmen, um die Befriedigung aus dem Concursvermögen nicht concurriren. Eine Pflicht zur Theilnahme am Concurse besteht nicht. Nur im Falle des Zwangsausgleiches ergreift diese Gläubiger trotz ihrer Unthätigkeit die Wirkung des Concurses (§ 207, 236 C.O.).

Der Kreis der am Concursverfahren theilnehmenden Gläubiger ist daher manchmal enger, nicht nur als der Kreis aller Gläubiger des Gemeinschuldners (a—e), sondern auch als jener der zur Theilnahme am Concursverfahren berechtigten Gläubiger (e).

Andererseits kann der Kreis der am Concursverfahren theilnehmenden, concurrirenden Gläubiger grösser sein, als jener der Concursgläubiger,[2]) wenn Personen (objectiv unberechtigt) Ansprüche als Concursgläubiger geltend machen, und diese Ansprüche, sei es ohne Process, sei es durch einen solchen durchsetzen.

II. Ein zweiter Grundgedanke der Concursordnung ist die par conditio creditorum. Dieser Gedanke führt vor allem zur Beseitigung des Satzes: prior tempore, potior jure, und dieser ist auch thatsächlich im Concursverfahren beseitigt. Die par conditio creditorum verlangt aber auch, dass die Qualität der Ansprüche keinen Einfluss auf die Befriedigung nehme, und dieser Gedanke ist in der Concursordnung zwar grundsätzlich anerkannt, aber im Einzelnen vielfach durchbrochen.

Vor allem durch die sub I, 2 dargestellte Ausscheidung einer Reihe von Gläubigern, deren Befriedigung nach anderen Grundsätzen vor sich geht, als jene der Concursgläubiger. Dann aber auch durch die Statuirung einer Vorrechtsordnung der Concursgläubiger selbst (§§ 42—48 C.O.), welche auf dem Gedanken aufgebaut ist, dass die bevorrechtete Klasse der Concursgläubiger ganz mit ihren Ansprüchen aus dem Concursvermögen befriedigt sein müsse, ehe die nächste Klasse darankomme. Die legislative Motivirung dieser Vorrechtsordnung[3]) erfolgt im § 41.

III. Diese Grundgedanken des Concursrechts erfordern eine Beschränkung der Rechte des Gemeinschuldners und eine Erweiterung seiner Pflichten.

Die Beschränkung spricht § 1 C.O. dahin aus, dass durch die Concurseröffnung das gesammte, der Execution unterliegende Vermögen, welches der Gemeinschuldner besitzt, oder welches ihm während der Dauer des Concurses zufällt, seiner freien Verfügung entzogen wird. Die Tragweite dieser Vorschrift, welche nach § 53 C.O. mit dem Ausspruch des Gerichts cessirt, dass der Concurs beendet ist, wird im § 29 geprüft. Ihr Grund liegt darin, dass der Gemeinschuldner (in hypothesi) sich zur eigenen Ver-

[2]) Es ist ein Verdienst Oetker's (Concursrechtl. Grundbegr. I S. 121 ff.), die wichtigen Unterschiede zwischen Concursgläubigern und concurrirenden Gläubigern hervorgehoben zu haben. Siehe unten § 38, 45.

[3]) Vgl. Motive zum Referentenentwurf bei Kaserer S. 85; v. Schrutka-Rechtenstamm, Die Vorrechtsordnung im Concurse (G.H. 1879 No. 67 f.); v. Schullern a.a.O. S. 439 ff. — Endemann S. 500 ff.

mögensverwaltung unfähig erwiesen hat, und dass ihm auch die nöthige Unbefangenheit zur gleichmässigen und gerechten Befriedigung seiner Gläubiger nicht zugetraut werden kann. Es ist nicht ausgeschlossen, dass in dem einen oder anderen Falle ein Gemeinschuldner trotz dieser Bedenken der beste Verwalter des Concursvermögens selbst wäre; allein die Vorschrift des § 1 C.O. ist mit Recht imperativ: jeder Gemeinschuldner verliert diese Verfügungsbefugniss.

Die sub I und II entwickelten Grundgedanken bedingen auch eine Erweiterung der Pflichten des Gemeinschuldners gegenüber jenen, die er ausserhalb des Concurses hatte: er hat eine ausgedehnte (durch das gemeine Privatrecht nicht statuirte) Auskunfts- und Editionspflicht.

IV. Die dem Gemeinschuldner im § 1 C.O. entzogene Verfügungsbefugniss muss von einer anderen Person im Concurse ausgeübt werden, damit die Zwecke des Concursverfahrens: Feststellung der Theilnahmeberechtigten und des Concursvermögens, Versilberung, Vertheilung desselben erreicht werden. Der Masseverwalter hat diese dem Gemeinschuldner entzogene Verfügungsbefugniss über das Concursvermögen; nach Innen ist er allerdings mehrfach an die Zustimmung des Concurscommissärs oder der Organe der Gläubiger gebunden.

Der Masseverwalter hat übrigens auch andere Functionen als diese dem Gemeinschuldner entzogene Verfügungsbefugniss, z. B. die Geltendmachung der Anfechtungsansprüche, nach der (unrichtigen) Praxis auch die — nicht ausschliessliche — Vertretung der Gläubiger als Privatbetheiligte im Strafverfahren wider den Gemeinschuldner.[4]) Eine Collision dieser Functionen ist nicht unmöglich.

V. Da das Concursverfahren hauptsächlich, wenn auch nicht ausschliesslich, im Interesse der Gläubiger stattfindet, ist es recht und billig, dieselben heranzuziehen sowohl zu den im Verfahren auszuübenden Rechten, als auch zu den hiebei entstehenden Pflichten. Diesem Gedanken hat die Concursordnung durch Schaffung einer — viel zu weitgehenden — Gläubiger-Autonomie entsprochen.

Bis zur Liquidirungstagfahrt haben zwar die Gläubiger im Wesentlichen nur ein consultatives Votum, so bei der Bestellung

---

[4]) Entsch. d. Cass.H. v. 2. December 1891 Z. 13788 No. 1521; v. Ruber in Ger.Ztg. 1876 S. 338 f.

des Masseverwalters, der Feststellung der Activen und Passiven, den in den §§ 147 und 148 C.O. genannten Rechtshandlungen. Diese Anordnung entspringt der Erwägung, dass vor Abhaltung der Liquidirungstagfahrt der Kreis der concurrirenden Gläubiger nicht feststehe,[5]) daher Niemand da sei zur Ausübung der gemeinsamen Rechte und Pflichten der Concursgläubiger.

Mit Abhaltung der Liquidirungstagfahrt erlangen die concurrirenden Gläubiger das Recht und die Pflicht, die Realisirung und Vertheilung des Concursvermögens nach ihren selbständigen Weisungen, wenn auch unter Aufsicht des Gerichts, durchführen (§ 144 C.O.) zu lassen, eine sehr weitgehende Gläubiger-Autonomie,[6]) welche allerdings im Gesetze nicht in voller Entsprechung der gesetzgeberischen Intentionen durchgeführt ist.

VI. Dem Zwecke des Concurses entsprechend werden alle Concursgläubiger in Geld befriedigt; darum muss auch das ganze in den Concurs gezogene Vermögen versilbert, d. h. zu Geld gemacht werden. Hiebei ist freilich nicht ausgeschlossen, dass dieser an sich zweckmässige Vorgang im einzelnen Fall zum Nachtheil ausschlägt, dass bei der Versilberung nicht der volle Werth erzielt wird,[7]) und dass das Concursverfahren den Gläubigern daher einen grösseren Verlust bereitet, als er ihnen andernfalls erwachsen wäre.

Dieser Verlust kann noch grösser werden durch die Kosten des Verfahrens, welche namentlich bei geringen Activen relativ hoch sind.

VII. Diese Erwägungen, verbunden mit jenen, dass eine schnelle Beseitigung der im Concurse zum Ausdruck gelangenden Krise von grossem Werthe ist, führt zum Institut des Zwangsausgleiches (wenigstens) im kaufmännischen Concurse.

Der Zwangsausgleich führt seinen Namen nicht davon, dass er den Schuldner, sondern davon dass er die Gläubiger zwingt. Die (qualificirte) Mehrheit der concurrirenden Gläubiger zwingt der Minderheit der concurrirenden und allen nicht concurrirenden Gläubigern[8])

---

[5]) Motive des Ausschusses des Abg.Hauses vom Jahre 1863 bei Kaserer S. 109 f.

[6]) Gegen dieselbe Benedikt, Zur Reform der Concursordnung S. 11 f.; für sie Oesterr. Rechtslexicon II S. 813 ff.

[7]) v. Schullern in Ztschr. f. Volkswirthschaft I S. 424 ff.

[8]) §§ 217, 233, 236 C.O.; die im § 217 genannte „Mehrheit“ der Gläubiger kann darnach in Wahrheit eine Minderheit sein.



unter gewissen Voraussetzungen, namentlich unter gerichtlicher Bestätigung (§§ 227 ff. C.O.), einen Ausgleich mit dem Gemeinschuldner auf, kraft dessen dieser nach Erfüllung des Zwangsausgleiches seiner restlichen Verpflichtungen gegen die Concursgläubiger fast völlig enthoben ist (§ 233 C.O.).

Die Gläubiger erleiden einen Verlust an ihren Forderungen, der mit Rücksicht auf die ökonomische Lage des Schuldners ihnen nicht empfindlich sein kann, weil sie bei der völligen Vernichtung der schuldnerischen Persönlichkeit ohnedies kaum Aussicht hätten, zu ihrem Geld zu kommen.

Andererseits bekommen sie in den meisten Fällen eine höhere Quote als aus dem Concurse sonst resultiren würde. a) weil die Kosten des Concursverfahrens verringert werden; b) weil die Angehörigen des Schuldners und dieser selbst um der grossen Vortheile willen, welche ihm der Zwangsausgleich bietet, zu Opfern bereit sind.

Die Gläubiger werden sich — im Sinne des Gesetzes — vernünftiger Weise mit einem Zwangsausgleich einverstanden erklären, und aus diesem Gedankengang heraus ist das Princip der Majorisirung der dissentirenden Gläubiger zu erklären.[9])

VIII. Das Concursverfahren enthebt grundsätzlich den Gemeinschuldner nicht der Verbindlichkeit, den aus dem Concursvermögen nicht gedeckten Rest seiner Passiven nach der Concursaufhebung zu berichtigen (§ 54 C.O.). Nur der Zwangsausgleich vernichtet die Klagbarkeit dieses Restes (§§ 233, 247 C.O.).

IX. Bei dieser Ordnung des Verfahrens konnte die Gesetzgebung davon absehen, den Schuldnern durch Gesetz oder das Gericht Moratorien zu ertheilen.[10]) Freiwillige Moratorien sind natürlich zulässig.

---

[9]) Vgl. Löhr, Ueber die rechtliche Natur des Zwangsvergleiches (in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XVI S. 335 ff., insbes. S. 376 ff.).

[10]) Krainz-Pfaff I S. 400; R. Pollak im Handelsmuseum X S. 444 f. u. in G.Z. 1895 No. 46. Ausführliches über die gemeinr. Moratorien bei Schweppe, Syst. d. Concurses S. 30—46; Lotz, Civilistische Abhandlungen S. 283—331; Stobbe, Zur Gesch. d. älteren dtsch. Concursproc. S. 75 ff.; über die Moratorien des früheren österr. Rechts Nippel, Erläuterung der A.G.O. II S. 333 ff.; Reich, Das Ausgleichsverfahren in Oesterreich.

§ 9. Gang des Concursverfahrens.

I. Das Concursverfahren zerfällt in das Eröffnungsverfahren und in das Concursverfahren im eigentlichen Sinne.

II. Das Concurseröffnungsverfahren dient zur Feststellung der Voraussetzungen einer Concurseröffnung (§§ 62—66, 194—201 C.O.); ein besonderes Verfahren ist nothwendig, weil diese Voraussetzungen der Concurseröffnung complicirt sind, und überdies das gewichtige Interesse des Schuldners es regelmässig erfordert, dass er die Möglichkeit habe, vor der Concurseröffnung über sein Vermögen gehört zu werden.

Dieses Eröffnungsverfahren ist kein Civilprocess,[1] sondern ein Theil des Concursverfahrens, daher dessen Regeln über die Beweislast,[2] die Kosten,[3] das Versäumniss und die Rechtsmittel (§§ 65, 257 C.O.) unterworfen.

Es schliesst mit dem gerichtlichen Bescheid, dass der Concurs eröffnet, oder dass er nicht eröffnet werde.

III. Dem Beschlusse und Bescheide, dass der Concurs eröffnet werde, folgt das Concursverfahren im engeren Sinne.

Dasselbe zerfiel früher (auch nach der Concursordnung vom 1. Mai 1781) in drei, einander präcludirende Stadien: Liquidationsverfahren, abschliessend mit den Liquidationsurtheilen und dem gemeinschaftlichen Classificationsurtheil; Prioritätsverfahren, abschliessend mit dem auf Grund der Vorrechtsklagen rectificirten Classificationsurtheil; Vertheilungsverfahren.

Die geltende Concursordnung kennt diese drei Stadien als förmliche Abschnitte des Verfahrens nicht mehr. Forderungsanmeldungen können auch verspätet nach Ablauf der Anmeldungsfrist stattfinden (§ 123 C.O.); eine Realisirung des Massevermögens ist vor der Abhaltung der Liquidirungstagfahrt unter Umständen zulässig (§ 142 C.O.). Nur für die Vertheilung des Gutes an die concurrirenden Gläubiger besteht noch die bindende Vorschrift des

---

[1]) Schwarz S. 61; a. M. Gl.U. No. 6199, 3951, 4907, 7873.

[2]) Gl.U. No. 3819, 4063, 4260, 4827, 5348, 5509, 5575, 7084; Nowak IV No. 341.

[3]) Gl.U. No. 9631, 9498, 10784, 11052; Schwarz S. 61; Artikel „Bedeckungsgesuch“ im Oesterr. Rechtslexicon I S. 322 f.; a. M. Gl.U. 6199, 7949, 11515; Anthofer in G.H. 1871 No. 99.

§ 168 C.O., dass eine solche erst nach Abhaltung der allgemeinen Liquidirungstagfahrt stattfinden darf.

Im geltenden Concursrecht bildet daher die allgemeine Liquidirungstagfahrt allerdings noch einen Abschnitt; vor derselben darf keine Vertheilung des Massevermögens an die concurrirenden Gläubiger stattfinden. Eine förmliche Theilung des Verfahrens findet jedoch nicht statt, schon deshalb nicht, weil theilweise Vertheilungen zulässig sind, und bei diesen nachträgliche Forderungsanmeldungen berücksichtigt werden (§§ 170, 185, 186 C.O.).

Diese Liquidirungstagfahrt bildet auch in anderer Beziehung einen Abschnitt: die Gläubiger-Autonomie nimmt nach ihr den Anfang.

IV. Findet auch keine förmliche Theilung des Concursverfahrens mehr statt, so kann man dennoch auch jetzt noch in demselben ein Feststellungsverfahren, u. z. der Activen und Passiven, ein Realisirungsverfahren und ein Vertheilungsverfahren unterscheiden. Nur dass diese Stadien nicht wie im früheren Concursrechte scharf von einander getrennt sind, sondern in einander laufen können. Regelmässiger Weise geht das Verfahren behufs Feststellung der Activen (Inventirung) und der Passiven (Liquidirung) neben einander her, das Realisirungsverfahren folgt nach, und das Vertheilungsverfahren beginnt während des letzteren.

Die Beendigung des Concurses erfolgt mittelst gerichtlichen Beschlusses („Verordnung" § 189 C.O.), und nur durch diesen.

V. Die Publication[4]) gerichtlicher Bescheide erfolgt grundsätzlich durch den Anschlag eines Edicts an der Gerichtstafel, und die Einschaltung desselben in die Zeitungen, welche zu öffentlichen Kundmachungen bestimmt sind; die einmalige Einschaltung genügt zur Rechtswirkung, es sei denn im Gesetze etwas Anderes ausdrücklich verordnet.

Die Verständigung einzelner Personen erfolgt nur dort, wo sie im Gesetze ausdrücklich vorgeschrieben ist, z. B. in den §§ 73 und 214 C.O.; diese Verständigung erfolgt durch gerichtliche Zustellung an den Einzelnen oder als Currende oder durch die Post (§ 256 C.O.). Wenn die Publication und die Verständigung Einzelner

---

[4]) Besondere Vorschriften enthalten die §§ 67, 69, 149, 189, 204, 205, 242, 243, 250 C.O.



vorgeschrieben sind, dann entscheidet über die Rechtswirkung des Bescheides nur die Publication (§ 256 al. 3 C.O.).[5])

VI. Die Abhaltung von Tagsatzungen geschieht nach den Grundsätzen der C.O. und des Verfahrens ausser Streitsachen, nicht nach jenen der C.P.O. Daher sind die Tagsatzungen nicht öffentlich; für ihre Anordnung und Erstreckung sind nicht die Vorschriften der C.P.O. maassgebend.

Die wichtigsten Tagsatzungen sind: die Wahltagfahrt, die allgemeine Liquidirungstagfahrt und die Vertheilungstagfahrt. Diese Tagfahrten dienen bald (z. B. die Wahltagfahrt) zur Geltendmachung gemeinsamer Rechte, bald zu solcher von jura singulorum.

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Ausbleibens von der Tagfahrt hat nicht statt (§ 256 C.O.).[6])

VII. Die Fristen sind richterliche Fristen mit Ausnahme der Rechtsmittelfristen, die Nothfristen sind. Ihre Berechnung erfolgt nach den Vorschriften der C.P.O. (§ 7 des kais. Pat. v. 9. August 1854 R.G.B. No. 208), ihre Bemessung nach den Vorschriften der C.O.

VIII. Der Rechtsmittelzug geht vom Concurscommissär an das Concursgericht, von da an das Oberlandesgericht und an den obersten Gerichtshof (§§ 70, 257 C.O.); bisweilen endet er schon beim Concursgericht.

Nur gegen Bescheide und Beschlüsse des Concurscommissärs und des Gerichtes giebt es einen Rechtsmittelzug, nicht auch gegen Beschlüsse des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung; hievon macht bloss § 161 C.O. eine Ausnahme.

Die Rechtsmittel sind: die Beschwerde (der Recurs) und der an den obersten Gerichtshof gerichtete Revisionsrecurs, ferner die Erinnerungen gegen den Vertheilungsentwurf.

Die Rechtsmittelfrist beträgt 14 Tage, in einem Falle (§ 98 C.O.) drei Tage. Sie beginnt vom Zeitpunkt der gehörigen Verständigung (§ 254 al. 3 C.O.).

---

[5]) Ausnahmsweise genügt die mündliche Publication im Falle des § 118 C.O.

[6]) Dies gilt auch für das Concurseröffnungsverfahren: Kaserer S. 171, K. in Jur.Bl. 1889 S. 4 f.; Gl.U. No. 9631, 10784; entg. E. v. 27. Januar 1888 Z. 13674, Jur.Bl. 1888 S. 5.



IX. Gerichtsferien giebt es in Concurssachen nicht (Artikel XXXVI E.G. zur C.P.O.).

X. Der Masseverwalter und die Gläubigerausschüsse geniessen die persönliche Gebührenfreiheit rücksichtlich aller die Concursmasse angehenden Verhandlungen und Schriften, insoferne es sich weder um Activprocesse der „Masse“ noch um mit anderen Personen in Bezug auf die Verwaltung und Realisirung der Masse abzuschliessende Rechtsgeschäfte handelt.[7]

§ 10. Das Geltungsgebiet der Gesetze.

I. Die Concursordnung und das Anfechtungsgesetz gelten im Gebiete der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, sowie bei den österreichisch-ungarischen Consulatgerichten.[1] Bei den Gerichten innerhalb dieses Gebietes und den genannten Consulatgerichten darf weder im Ganzen noch für einen einzelnen Act ein anderes Concursverfahren als das österreichische zur Anwendung kommen. Demselben haben sich daher nicht nur die Bewohner des genannten Gebietes, mögen sie österreichische Staatsbürger sein oder nicht,[2] und die den bezeichneten Consulatgerichten unterstehenden Schuldner, sondern auch alle jene Schuldner, welche in Oesterreich nicht wohnen, aber Immobiliarvermögen haben (§ 61 C.O.), rücksichtlich dieses Vermögens, endlich alle Gläubiger zu unterwerfen, sie mögen wo immer ihren Wohnsitz oder Aufenthalt haben.

Bezüglich des Geltungsgebiets des materiellen Concursrechts wirken die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, insoweit nicht in

---

[7] § 1 des Ges. v. 9. Januar 1869 R.G.Bl. No. 7, der noch einige andere Gebührenerleichterungen festsetzt.

[1] § 8 d. Vdg. v. 29. Januar 1855 R.G.B. No. 23; § 31 der Vollzugs-Verordng. v. 31. März 1855 R.G.B. No. 58; § 9 d. Ges. v. 30. August 1891 R.G.B. No. 136; das Beispiel eines solchen Concurses ist in der G.Z. 1895 S. 340 angeführt; Kaserer S. 8 behauptet, vor den Consulatgerichten gelte noch das IX. Capitel der G.O., er übersieht § 8 d. Vdg. v. 29. Januar 1855. Ob die Consulatgerichte das A.G. anwenden, ist zweifelhaft.

[2] § 61 lit. a C.O. spricht von einem „österreichischen“ Gemeinschuldner; darunter ist jedoch nicht ein österreichischer Staatsbürger, sondern ein Gemeinschuldner zu verstehen, über dessen Vermögen von einem österr. Gericht der Concurs eröffnet wurde; Gl.U. No. 11820.



der Concursordnung oder im Anfechtungsgesetz[3]) besondere Normen enthalten sind, oder aus ihnen Specialnormen abgeleitet werden.

II. Vor Allem gilt daher der Grundsatz des materiellen Rechts, dass Ausländer gleich Inländern zu behandeln sind (§ 51 C. O.), soferne nicht die Reciprocität eingreift. Abweichend vom bürgerlichen Rechte muss diese Reciprocität vom Ausländer innerhalb einer ihm zu setzenden Frist durch öffentliche Urkunden dargethan werden, wenn der Concurscommissär „besonderen Grund" hat, an ihr zu zweifeln. Es müssen demnach hier ausnahmsweise Rechtsnormen von einer Person dem Gerichte, u. z. durch ganz bestimmte Beweismittel (nämlich durch öffentliche Urkunden) nachgewiesen werden.

Mit einer Anzahl von Staaten sind Vereinbarungen in Rücksicht der Reciprocität in Concurssachen getroffen worden. Diese Staaten sind:[4]) Preussen, Sachsen, Württemberg,[5]) Türkei, Rumänien, Serbien, Persien, Siam, Tunis. Diese ausdrücklichen Vereinbarungen gehen der allgemeinen Vorschrift des § 51 al. 2 C.O. voraus.

III. Die Handlungsfähigkeit der Ausländer wird nach § 34 des a.b.G.B. nach den Gesetzen des Ortes, welchem der Fremde vermöge seines Wohnsitzes, eventuell seiner Geburt als Unterthan unterliegt,[6]) beurtheilt.

Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners vor der Concurseröffnung oder der „Concursmasse" mit Ausländern werden nach den §§ 35 und 36 a.b.G.B. beurtheilt. Die „Concursmasse" gilt dabei als Inländer, mag auch der Gemeinschuldner im Auslande seinen Wohnsitz haben; es sei denn ausnahmsweise das Geschäft im Auslande abgeschlossen.

---

[3]) Krasnopolski, Die örtliche Herrschaft der Anfechtungsnormen, in Grünhut's Ztschr. XVI S. 51 ff.; Menzel S. 30 ff.

[4]) Die genauen Daten s. bei Manz VI I S. 423 ff. Vgl. auch Vesque-Püttlingen, Handb. des in Oesterreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechts, 2. Aufl., S. 485 ff.; Jettel, Handb. des intern. Privat- und Strafrechts S. 198 ff.

[5]) Mit dem Deutschen Reich besteht keine Vereinbarung; die Uebereinkommen mit den genannten Einzelstaaten, obwohl vor der Gründung des Deutschen Reiches getroffen, werden als gültig angesehen; vgl. Nowak III No. 182, aber auch § 4 dtsch. E.G. u. § 207 dtsch. C.O.

[6]) Die civilistische Controverse über diesen Paragraphen s. bei Krainz-Pfaff I S. 33, 43, Anm. 12.

Die Anfechtbarkeit einer Handlung wird nach österreichischem Recht beurtheilt,[7] wenn nicht nach den §§ 35, 36 des a. b. G. B. das ausländische materielle Recht für die Handlung überhaupt zur Anwendung kommt. Denn es geht nicht an, die Anfechtbarkeit nach anderen Gesetzen zu prüfen, als nach jenen, welche im Allgemeinen auf die bezügliche Handlung Anwendung finden. Hievon ist eine Ausnahme für den Fall zu machen, dass zur Umgehung des österreichischen Anfechtungsgesetzes die Handlung im Herrschaftsgebiet eines ausländischen Rechts gesetzt wurde; ein solches in fraudem legis agere schliesst die Anwendbarkeit des österreichischen Anfechtungsgesetzes nicht aus.

Die Anfechtbarkeit von Grundbuchsacten und von erbrechtlichen Handlungen und Unterlassungen ist nach österreichischem Rechte zu beurtheilen.[8]

IV. Ernstere Schwierigkeiten als solche die einzelne Handlung betreffenden entstehen bei Collisionen von Concursverfahren. Solche sind möglich, weil ein in Oesterreich eröffnetes Concursverfahren zwischen den Grundsätzen der Territorialität des Concurses und seiner Universalität[9] (hinsichtlich des schuldnerischen Vermögens) einen Mittelweg einschlägt, und in Folge dessen sich nicht auf das in Oesterreich gelegene Vermögen beschränkt. Nun kann Jemand sowohl in Oesterreich als in Deutschland einen Wohnsitz oder eine Hauptniederlassung haben,[10] und es wird über sein Vermögen in jedem Staate der Concurs verhängt. Das österreichische Concursverfahren begreift nach § 59 C. O. nicht nur das gesammte im Inlande gelegene Vermögen, sondern auch das im Auslande gelegene Mobiliarvermögen in sich: über letzteres ist aber im Ausland supponirter Weise Concurs eröffnet worden. Der inländische Concurs wird sich in Folge der thatsächlichen Verhältnisse in diesem Falle auf das inländische Vermögen beschränken,

---

7) Vgl. Krasnopolski in Grünhut's Ztschr. XVI S. 51; zur gleichen Anschauung wie der Text gelangt für das deutsche Recht Hartmann, Anfechtungsrecht S. 32 ff.

8) §§ 22—25 des kais. Pat. v. 9. August 1854 R.G.B. No. 208; Krasnopolski a.a.O. S. 61 ff. Ebenso für das deutsche Recht Hartmann, Anfechtungsrecht S. 34 ff.; entg. Cosack, Anfechtungsrecht S. 321.

9) Kohler, Lehrb. §§ 107 ff.; vgl. v. Bar, Theorie und Praxis des in. Privatrechts, 2. Aufl. II S. 553 ff.

10) Gl.U. No. 6398.



wobei freilich viele Schwierigkeiten in Einzelheiten (z. B. ob eine Forderung eine inländische oder ausländische ist), entstehen können.

V. Ein ausländischer Concurs ist als solcher kein Concurseröffnungsgrund für Oesterreich. Insolange nun in Oesterreich kein Concurs eröffnet wird, steht der betreffende Schuldner im Gebiete der im Reichrathe vertretenen Königreiche und Länder nicht im Concurse, nicht unter der Concursordnung und dem Theil des Anfechtungsgesetzes, welcher ein (österreichisches) Concursverfahren voraussetzt. Daher können z. B. — sofern nicht Staatsverträge entgegenstehen — wider ihn in Oesterreich Urtheile erfliessen, Executionen auf das in Oesterreich befindliche Vermögen geführt werden, u. z. sowohl auf das unbewegliche als auf das bewegliche Vermögen, weil letzteres nach § 61 b C.O. erst dann in den ausländischen Concurs fällt, wenn es der ausländischen Concursinstanz auf deren Verlangen hinausgegeben wurde.

§ 11. Die Geltungszeit der Gesetze.[1])

I. Die Concursordnung ist nach Art. I ihres Einführungsgesetzes „mit Ablauf von drei Monaten", vom 1. Januar 1869 an gerechnet, d. i. am 2. April 1869 in Kraft getreten. Die am 2. April 1869 zu eröffnenden Concurse waren nach der Concursordnung vom 25. December 1868 zu eröffnen.[2])

Vor dem 2. April 1869 waren Concurse nach der Concursordnung v. 1. Mai 1781 und Ausgleichsverfahren nach den Verordnungen v. 18. Mai 1859, No. 90 R.G.B. u. 15. Juni 1859, No. 108 R.G.B. und dem Gesetze vom 17. December 1862 R.G.B. No. 97 zu eröffnen (Art. II des Einf.-Ges. zur C.O.). Das Concursverfahren gilt als einheitliches Verfahren; darum sind diese nach den früheren Vorschriften eröffneten Concurse und Ausgleichsverfahren nach den früheren Gesetzen zu Ende zu führen, und nicht in ein Concursverfahren nach dem Gesetz vom 25. December 1868 überzuleiten. Auf Grund der im § 2, III angeführten Res. v. 11. September 1784

---

[1]) Kaserer S. 23; Kissling S. 8; Pfaff-Hofmann, Excurse über österr. allg. bürg. Recht I S. 293.

[2]) Zugschwerdt in G.H. 1869 S. 154 ff.; Swoboda, Altes oder neues Concursverfahren? in G.H. 1870 No. 34 f. Der J.M.E. v. 25. Februar 1869 Z. 2490 (bei Kaserer S. 298) bezeichnet den 1. April 1869 als Beginn der Wirksamkeit.



J.G.S. No. 336 können derartige nach der Concursordnung vom 1. Mai 1781 durchzuführende Concursverhandlungen auch jetzt noch anhängig sein, oder (wegen neu hervorgekommenen Vermögens) anhängig werden.

II. Das Anfechtungsgesetz vom 16. März 1884, No. 36 R.G.B. trat nach § 52 mit dem Tage seiner Kundmachung, d. i. am 25. März 1884 in Kraft. Auf Rechtshandlungen, welche vor dem 25. März 1884 vorgenommen wurden, findet es keine Anwendung.

Die processualen Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes konnten mit Rücksicht auf § 52 A.G. bei klageweise geltend gemachten Anfechtungsansprüchen nur in solchen Processen Anwendung finden, welche nach dem 25. März 1884 begonnen worden sind. Dagegen konnten diese Vorschriften (namentlich des § 48 über die freie Beweiswürdigung) allerdings auch in früher begonnenen Processen praktisch sein, wenn nach § 16 Anfecht.-Ges. das Anfechtungsrecht mittelst Einrede, oder wenn es mittelst Replik geltend gemacht wurde. Die Lösung des Conflicts, der auch jetzt auf derselben Grundlage in der Uebergangszeit möglich ist (Zahlungsklage — Anfechtungseinrede), erfolgt nach folgenden Grundsätzen:

Die Verfahrensart richtet sich nach dem Klaganspruch, die Beweiszulassung und Beweiswürdigung für den Klaganspruch nach der G.O. und dem Summarverfahren, für den Anfechtungsprocess nach freier Beweiswürdigung.[3]) Freilich wird dann in einem Urtheile nach gesetzlicher Beweistheorie und freier Beweiswürdigung entschieden.

Für jene Processe, welche nach der C.P.O. vom 1. August 1895 begonnen, oder in das Verfahren nach derselben übergeleitet worden sind, gilt von den processualen Bestimmungen des A.G. nur mehr der § 35,[4]) während die anderen Vorschriften durch Art. I des E.G. zur C.P.O. aufgehoben sind.

---

[3]) A. M. Krasnopolski, Anfechtungsrecht S. 152.

[4]) Ausdrücklich aufrecht erhalten in Art. XI Z. 4 des E.G. zur C.P.O.

II. Capitel.

Die Concurs-Eröffnung.

I. Die Voraussetzungen.

§ 12. Allgemeines.

I. Die Concurseröffnung und das Concursverfahren sind an bestimmte Voraussetzungen gebunden, deren Vorhandensein geprüft sein muss, ehe die Concurseröffnung stattfinden kann. Zu dieser Prüfung bedarf es eines Verfahrens, welches verschieden gestaltet ist nach den Voraussetzungen der einzelnen Concurseröffnung. Das Concursrecht unterscheidet nämlich einen ordentlichen und einen kaufmännischen Concurs; der letztere ist an bestimmte Personen als Gemeinschuldner geknüpft, der erstere für alle Personen bestimmt. Die Vorauszetzungen dieser beiden Concursarten sind insoweit verschieden, als zwar der kaufmännische Concurs in allen Fällen eröffnet wird, in welchen der ordentliche Concurs zu eröffnen ist, aber nicht umgekehrt: es giebt Combinationen von Voraussetzungen, unter denen wohl ein kaufmännischer, aber kein ordentlicher Concurs eröffnet werden kann.

Es giebt darnach auch zwei Arten des Eröffnungsverfahrens. Jede von ihnen scheidet sich scharf vom Concursverfahren (im engeren Sinne) ab.

II. Voraussetzungen des Concursverfahrens sind:

1. die Fähigkeit des Richters zur Besorgung des Concursverfahrens,

2. die Competenz der österreichischen Gerichte,

3. ein Rechtssubject als Schuldner.

Diese Voraussetzungen entsprechen den absoluten Processvoraussetzungen; ihr Mangel macht das Concursverfahren immer nichtig.

III. Voraussetzungen der Concurseröffnung[1]) sind:

4. die Competenz des amtshandelnden Gerichtes,

5. eine Veranlassung zur Einleitung des Verfahrens (Antrag, Anzeige, Concurseröffnung über ein verwandtes Vermögen),

6. das Gehör des Schuldners (das nicht in allen Fällen erforderlich ist),

7. die Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung des Schuldners,

8. eine Mehrheit von Gläubigern (die nicht immer zur Concurseröffnung erforderlich ist),

9. ein Concursvermögen.

Von diesen Voraussetzungen sind immer, für jedes Concursverfahren, erforderlich die ad 1, 2, 3, 4, 5 und 9 genannten. Von diesen gelangen die ad 1—4 genannten im 3. und 4. Capitel, die ad 5—9 genannten hier zur Besprechung.

Die ad 6, 7 und 8 genannten Voraussetzungen können bei bestimmten Arten von Concursen (nämlich einzelnen kaufmännischen Concursen) fehlen, resp. durch nähere Bestimmungen der ad 3 genannten Voraussetzung ersetzt werden.

IV. Wenn die vom Gesetz für die Eröffnung eines bestimmten Concursverfahrens verlangten Voraussetzungen nicht gegeben sind, darf die Concurseröffnung nicht stattfinden. Die Concurseröffnungsvoraussetzungen haben demnach alle eine Aehnlichkeit mit Processvoraussetzungen.[2])

Diese Aehnlichkeit besteht darin, dass es eine Amtspflicht des Gerichtes ist, das Vorhandensein der Eröffnungsvoraussetzungen festzustellen, ehe der Concurs eröffnet wird. Von dieser Amtspflicht kann weder die Zustimmung des Schuldners, noch der Gläubiger, noch des Schuldners und der Gläubiger das Gericht entheben. Es giebt nicht etwa, wie eine freiwillige Licitation,[3]) einen freiwilligen oder im Einverständnisse der Gläubiger mit dem Schuldner eröffneten und durchgeführten Concurs.[4]) Es liesse sich

---

[1]) Schwarz S. 57 betrachtet als solche nur: Vorhandensein eines Concursvermögens, Mehrheit der Gläubiger, Zahlungsunfähigkeit.

[2]) Vgl. Oetker, Concursr. Grundbegr. I S. 50 ff.

[3]) §§ 267 ff. des kais. Pat. v. 9. August 1854 R.G.B. No. 208.

[4]) Auch § 813 a.b.G.B. stellt keinen Fall eines solchen freiwilligen Concurses dar.

wohl ein vernünftiger Gedanke für eine solche freiwillig begonnene, der Liquidation einer Handelsgesellschaft ähnliche Auseinandersetzung zwischen Gläubigern und Schuldner finden; die lex lata anerkennt aber kein solches Concursverfahren. Daher darf z. B. ein Concurs nicht eröffnet werden auf Antrag eines Schuldners, welcher zahlungsfähig oder nicht überschuldet ist.

Allein nur bei den sub II genannten Voraussetzungen des Concurses kann eine wirkliche Parallele zu den Processvoraussetzungen gezogen werden.

Schon die sub 4 genannte Voraussetzung der Competenz unterscheidet sich von den Processvoraussetzungen erheblich. Ihr Mangel führt nämlich nicht die Nichtigkeit des Verfahrens herbei, sondern verpflichtet das unzuständige Gericht zur Abtretung der Concursverhandlung an das zuständige (§ 44 J.N.).

Noch gewichtigere Unterschiede bestehen zwischen den Processvoraussetzungen und den übrigen (sub 5—9 genannten) Voraussetzungen der Concurseröffnung. Der rechtskräftige Concurseröffnungsbeschluss deckt den Mangel dieser Voraussetzungen, während der Mangel der Processvoraussetzungen auch nach der Einleitung des Processes, ja zum Theil (z. B. die Minderjährigkeit einer Processpartei, die Unzulässigkeit des Rechtsweges) nach Erlassung des Urtheils noch wirken. Der Concurs darf allerdings beim Mangel der Voraussetzungen nicht eröffnet werden. Ist aber ein Concurs rechtskräftig eröffnet, obwohl z. B. kein gehöriger Antrag hiezu vorlag, oder obwohl keine Prüfung über das Vorhandensein eines Concursvermögens stattfand, so ist das Concursverfahren nicht nichtig. Vielmehr kann es, wie § 154 C.O. für die sub 8 und 9 genannten Voraussetzungen ausdrücklich vorschreibt, nur in manchen — nicht allen — Fällen wieder aufgehoben werden. Diese Aufhebung wirkt auch nur ex nunc, nicht ex tunc.[5]) Dies ergiebt sich eben daraus, dass der Concurseröffnungsbeschluss gleich den anderen gerichtlichen Entscheidungen des Verfahrens ausser Streitsachen der formellen Rechtskraft theilhaftig wird.

An die Stelle der Nichtigkeit einer solchen rechtskräftigen Entscheidung treten bisweilen andere Mittel zur Behebung der Mängel.

Vor Allem das genannte Präventivmittel, die Amtspflicht des Gerichtes, welches regelmässig ausreichen wird, solche Mängel zu

---

[5]) Oetker a.a.O. I S. 114 ff.

verhüten. Diese Amtspflicht erstreckt sich ja auf die Prüfung aller Voraussetzungen des Concurses.

Sollte diese Amtspflicht im einzelnen Falle die gewünschte Wirkung nicht haben, dass der Mangel vor der Concurseröffnung behoben oder die Concurseröffnung versagt wird, so ist die Concurseröffnung allerdings giltig. Im giltigen Concurse haben freilich manche der Mängel noch einen Einfluss. Der Mangel einer gesetzmässigen Veranlassung zur Eröffnung des Concurses (5), der Mehrheit von Gläubigern (8), des Concursvermögens (9) wird nach directer, resp. analoger Anwendung des § 154 C.O. durch die Aufhebung des Concurses sanirt. Der Mangel der Competenz (4) führt zur Abtretung an das competente Gericht. Nur der Mangel des Gehörs des Schuldners (6), soweit er nicht durch dessen nachträgliche Abhörung behoben werden kann, und der Mangel der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung (7) endlich haben im Verfahren gar keine Wirkung mehr, sind sanirt durch den rechtskräftigen Concurseröffnungsbeschluss. Das an sich unzulässige Concursverfahren über das Vermögen eines Schuldners, der nicht nach § 63 C.O. gehört worden, oder der zahlungsfähig oder nicht überschuldet ist, ist durch die Erschöpfung oder Präclusion der Rechtsmittel nicht nur zulässig geworden, sondern kann auch nicht aufgehoben werden, weil diese Mängel dann hervorgekommen sind, sondern nur aus den in der C.O. neben dem § 154 noch genannten Endigungsgründen eines Concurses.

V. Der Unterschied in den Wirkungen der Voraussetzungen der Concurseröffnung und des Civilprocesses ist demnach der, dass im Concurse alle Handlungen giltig sind, welche auf einem rechtskräftigen Concurseröffnungsbeschlusse fussen, während dies im Civilprocesse nicht der Fall ist. Rechtsgeschäfte der „Concursmasse“ mit Dritten, Liquidirungen angemeldeter Fordernngen, Zahlungen an die Concursgläubiger sind giltig, erhalten und behalten die ihnen im gesetzmässigen Concursverfahren zugeschriebenen Wirkungen, u. z. nicht blos im Verfahren, sondern auch nach der Beendigung desselben. Es ist für die Wirkung einer Liquidirung im Concurse (§ 55 C.O.) gleichgiltig, ob die Aufhebung des Concurses wegen Vertheilung des Massevermögens oder wegen des Mangels der Gläubigermehrheit erfolgt.

Der Grund für diese Wirkung der Voraussetzungen im Concurse liegt in dem Bedürfnisse nach Rechtssicherheit, welches in dem so viele Personen umfassenden Concurse besonders stark

ist. Wer könnte es wagen, mit einem Masseverwalter in Geschäftsverbindung zu treten, wenn er vorerst seinerseits (wie vor ihm das Gericht) die Voraussetzungen der Concurseröffung prüfen müsste, um nicht ein nichtiges Rechtsgeschäft zu setzen? Und welcher Concursgläubiger könnte bezahlte Beträge ruhig weiter verwenden, wenn er befürchten müsste, wegen des Mangels einer Concursvoraussetzung zur Rückstellung gezwungen zu werden? Und wann würde sich ein Masseverwalter finden, wenn jeder der Ungewissheit preisgegeben wäre, ob auch alle Concursvoraussetzungen gegeben waren, ob daher wirklich ein Concursverfahren da ist? Solchen Uebelständen gegenüber erscheint es noch als das geringere Uebel, sich mit dem Präventivmittel der Amtspflicht bezüglich der Concursvoraussetzungen zu begnügen.

Nur bezüglich der Voraussetzungen des Concursverfahrens (II) trägt dieser Grund nicht weit genug, weshalb auch die Nichtigkeit des Concursverfahrens eintritt, wenn auch nur eine dieser Voraussetzungen fehlt.

VI. Die Voraussetzung des kaufmännischen Concurses steckt immer und ausschliesslich in der Person des Gemeinschuldners. Eine besondere Eröffnung des kaufmännischen Concurses kennt das Gesetz nicht, und so kann von Voraussetzungen dieser Eröffnung nicht die Rede sein.

§ 13. Das Gesetz.

I. Da die im § 12 sub II und III genannten Voraussetzungen der Concurseröffnung und des Verfahrens in der Concursordnung in verschiedenartiger Weise mit einander verbunden sind, werden zunächst diese Combinationen zusammengestellt; dabei wird wieder zuerst der ordentliche, dann der kaufmännische Concurs betrachtet.

II. Die gesetzliche Normirung für den ordentlichen Concurs findet sich in den §§ 62—65 C.O. Es sind folgende Fälle möglich:

1. Antrag des Schuldners auf Concurseröffnung; Unvermögenheit desselben, seine Schulden zu bezahlen (Zahlungsunfähigkeit § 62 C.O.); Mehrheit der Gläubiger; Vermögen, das hinreicht, Kosten der Concursverhandlung zu decken (§ 66 C.O.; § 2 G. v. 16. März 1884 No. 35).

2. Antrag des bedingt erbserklärten Erben (vor der Einantwortung) oder des Verlassenschaftscurators (§ 62 C.O.), Mehrheit der Gläubiger; Concursvermögen, welches hinreicht, die Kosten der Concursverhandlung zu decken (Siehe 1.). Die Zahlungs-



unfähigkeit oder Ueberschuldung ist in diesem Falle keine Voraussetzung der Concurseröffnung,[1]) wohl aber die Genehmigung des Abhandlungsgerichtes zur Einbringung des Antrages (§ 282 a. b. G.B., § 145 Abhdlg.Pat.).

3. Antrag eines Gläubigers, dessen Forderung durch eine vollbeweisende Urkunde nachgewiesen worden ist; ein mit Executionen zur Befriedigung verfolgter Schuldner; Gewähr des rechtlichen Gehörs für den Schuldner (§ 63 C.O.); Mehrheit der Gläubiger; hinreichendes Concursvermögen (Siehe 1). Der Schuldner kann bei seiner Einvernehmung die Concurseröffnung verhindern durch den Nachweis, dass er die betreibenden Gläubiger für ihre Ansprüche sichergestellt habe, oder dass er nicht überschuldet (wenn auch vielleicht zahlungsunfähig) sei.

4. Antrag eines Gläubigers, dessen Forderung glaubwürdig bescheinigt ist; ein Schuldner, der flüchtig ist oder sich verborgen hält, ohne dass eine andere Ursache als sein Zahlungsunvermögen „vermuthet werden kann"; Gefahr im Verzug für die Gläubiger, falls der Concurs nicht sofort eröffnet wird (§ 64 C.O.); Mehrheit der Gläubiger; hinreichendes Concursvermögen.

5. Antrag eines Gläubigers, dessen Forderung glaubwürdig bescheinigt ist; ein Schuldner, der flüchtig ist oder sich verborgen hält, ohne dass eine andere Ursache als sein „Zahlungsunvermögen" vermuthet werden kann; Einvernehmung des Curators des flüchtigen oder verborgenen Schuldners; Mehrheit von Gläubigern; hinreichendes Concursvermögen.

III. Ein kaufmännischer Concurs ist zu eröffnen über das Vermögen bestimmter Personen, nämlich von protokollirten Kaufleuten (auch Handelsfrauen), protokollirten Handelsgesellschaften,[2]) u. z. auch dann, wenn der Kaufmann sein Geschäft aufgegeben hat, insolange er es noch abwickelt,[3]) wenn er gestorben ist, insolange

---

[1]) A. M. v. Schrutka, Compensation im Concurse S. 51 Anm. 2; Schwarz S. 58 behandelt diesen Fall nicht; er hält den Antrag nach § 62 Z. 2 C.O. für einen Antrag des Schuldners. Vgl. § 813 a.b.G.B. und § 73 Abh.Pat.

[2]) Die Beschränkung auf prot. Handelsgesellschaften ist nicht im § 198 C.O. enthalten, sondern ist aus den §§ 50, 191 und 246 C.O. abzuleiten; vgl. auch § 7 des E.G.z.H.G., aus welchem sich ergiebt, dass alle Handelsgesellschaften protokollirungspflichtig sind.

[3]) Von einer Liquidation kann bei einem Einzelkaufmann nicht gesprochen werden; Gl.U. 7959.



die Verlassenschaftsabhandlung dauert, wenn und insolange bei einer Handelsgesellschaft ihre Liquidation dauert[4]) (§ 192 C.O.), endlich über das Vermögen von registrirten Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, soferne sie gewerbemässig Handelsgeschäfte treiben[4a]) (§ 13 d. Ges. v. 9. April 1873 R.G.B. No. 70), und von persönlich haftenden Gesellschaftern einer protokollirten Handelsgesellschaft dann, wenn über die betr. Handelsgesellschaft der Concurs verhängt worden ist (§§ 198, 199 C.O.).

Ein solcher kaufmännischer Concurs ist zu eröffnen unter folgenden Voraussetzungen:

1. in den sub II 1—5 genannten Fällen;

2. Anzeige des Schuldners von der Zahlungseinstellung desselben (§ 198): Mehrheit der Gläubiger; hinreichendes Concursvermögen (§ 66 C.O.; § 2 d. Ges. v. 16. März 1884 R.G.B. No. 35);

3. Antrag eines Gläubigers auf Concurseröffnung, dessen Forderung glaubwürdig bescheinigt ist; Zahlungseinstellung des Schuldners, welche der Gläubiger ausreichend beweist (§ 198 C.O.); Mehrheit von Gläubigern;[5]) hinreichendes Concursvermögen;

4. Eröffnung des Concurses über das Vermögen einer protokollirten Handelsgesellschaft aus welchem Grunde immer; die Eröffnung des Concurses über das Vermögen der persönlich haftenden Gesellschafter dieser Handelsgesellschaft erfolgt von Amtswegen[6]) (§ 199 C.O.).

IV. Gemeinschaftliche Voraussetzungen aller dieser Fälle sind, wie oben bemerkt: die Fähigkeit des Richters, die Competenz der österreichischen und des einschreitenden Gerichtes, ein Rechtssubject als Schuldner.

Im Gesetze ist die Frage offen gelassen, ob die Concurseröffnung nur begehrt werden kann auf Grund von Geldforderungen (verbo: Forderung in den §§ 63 und 64 C.O.), oder auf Grund eines jeden

---

[4]) Gl.U. 4840, 6575, 11134. Ob die Firma schon gelöscht ist, darauf kommt es nicht an; a. M. Anonymus in Jur.Bl. 1873 S. 321.

[4a]) Vgl. Adler-Clemens No. 573; a. M. Stross, Genossenschaftsrecht S. 241; Pollitzer, Handelsrecht S. 317.

[5]) A. M. Gl.U. 4140. Ausnahme: § 2 Ges. v. 16. März 1884 No. 35.

[6]) Pollitzer, Handelsrecht S. 171, 213; der von ihm cit. § 30 E.G. z.H.G. ist durch § 199 C.O. aufgehoben.

Anspruches. Das letztere ist richtig,[7]) soferne der Anspruch nur seiner Natur nach in eine Geldforderung umgewandelt werden kann.

§ 14. Veranlassung zur Einleitung des Verfahrens.

I. Diese Veranlassung ist entweder a) ein Antrag (Concursantrag), oder b) eine Anzeige, oder c) die eigene Kenntniss des Gerichts. Regelmässig[1]) wird zur Einleitung des Eröffnungsverfahrens ein Antrag gefordert, bisweilen erfolgt die Concurseröffnung ohne Antrag, von Amtswegen.

II. Der Antrag ist die schriftliche oder protocollarische (auch telegraphische)[2]) Erklärung des Antragstellers, das Gericht wolle (sofort oder nach Durchführung eines Verfahrens) mit der Concurseröffnung vorgehen. Der Antrag bindet durch seine Abgabe; einer Annahme desselben durch das Gericht oder durch eine andere Person bedarf es nicht. Ist auf Grund des Antrages der Concurs eröffnet worden, so muss der Antragsteller diese Consequenz seines Antrages auf sich nehmen; zieht er jetzt auch den Antrag zurück, so ist der Concurs dennoch wirksam eröffnet.[3]) Dagegen ist eine solche Rückziehung allerdings insolange zulässig, als die Concurseröffnung nicht erfolgt ist, also während des etwaigen Eröffnungsverfahrens und in jedem Falle insolange, als die Sitzung des Senates nicht geschlossen ist, in welcher der Beschluss auf Concurseröffnung gefasst wurde.[4]) Ob das Concursedict angeschlagen wurde oder nicht, ist irrelevant.

III. Antragsteller kann sein: 1) der Gläubiger; 2) der Schuldner; 3) des Schuldners Erbe; 4) des Schuldners Nachlasscurator.

ad 1) Jeder Gläubiger kann den Antrag stellen, welcher die

---

[7]) Die deutsche C.O. § 95 verlangt ausdrücklich den Antrag eines Concursgläubigers. Allgemein gefasst sind die §§ 118 u. 321 der preuss. C.O. vom 8. Mai 1855.

[1]) Nicht immer, wie Schwarz S. 58 behauptet.

[2]) Gl.U. 12481; doch muss der schriftliche Antrag nachfolgen.

[3]) Mit Unrecht a. M. Gl.U. No. 6226; richtig Schwarz S. 58 für den Fall des § 198 C.O.

[4]) § 171 Ger.Instr. Die Zulässigkeit dieser Rückziehung ist herrschende Lehre: vgl. Wilmowsky, Comm. ad § 97 Anm. 6; Oetker, Concursr. Grundb. I S. 176 ff.

Befriedigung seines bestehenden (bedingten oder unbedingten, fälligen oder nicht fälligen) Anspruches aus dem Concursvermögen zu suchen hätte. Es muss daher nicht gerade eine Geldforderung sein, die er zu stellen hat, sondern es kann auch ein anders gearteter persönlicher Anspruch (z. B. auf Waarenlieferung) an den Schuldner sein.[5]) Pfandgläubiger sind gleichfalls zur Antragstellung berechtigt, insoferne ihnen ein persönlicher Anspruch gegen den Schuldner zusteht (§ 30 al. 3 C.O.). Dagegen sind zur Antragstellung nicht berechtigt: a) jene Personen, deren Anspruch auf eine höchstpersönliche Leistung, Unterlassung oder Duldung des Schuldners oder auf ein Vermögen desselben gerichtet ist, welches durch eine Concurseröffnung seiner Verfügung nicht entzogen würde (§ 9 C.O.); b) die Rückforderungsberechtigten (§ 26 C.O.); c) jene Personen, welche einen unklagbaren Anspruch haben.

Der antragstellende Gläubiger muss seinen Anspruch, u. z. wenn möglich im einleitenden Gesuche, ausweisen. Dieser Ausweis wird in verschiedener Strenge gefordert, je nachdem das Verfahren gegen einen anwesenden Nicht-Kaufmann, oder gegen einen anwesenden protocollirten Kaufmann, einen flüchtigen oder verborgenen Schuldner stattfindet.

Gegenüber einem anwesenden Schuldner, der nicht ein protocollirter Kaufmann oder eine protocollirte Handelsgesellschaft ist, muss der Gläubiger den Ausweis zwar nicht durch ein executionsfähiges Urtheil[6]) oder durch ein Urtheil oder einen gerichtlichen Bescheid überhaupt erbringen, wohl aber durch eine vollen Glauben verdienende Urkunde;[7]) es genügt daher der Ausweis durch eine

---

[5]) Ebenso Schwarz S. 54; vgl. Nowak in G.Z. 1868 No. 61; Anonymus in Jur.Bl. 1876 S. 601 ff.; Kaserer S. 139.

[6]) Die Praxis fordert dies häufig, wenn auch ohne jeden gesetzlichen Anhaltspunkt; Gl.U. 3722, 4311, 4752, 8060, 9209, 11126; Nowak Slg. IV No. 127.

[7]) Welche Urkunden vollen Glauben verdienen, ist nicht nach der C.P.O., sondern nach den zur Zeit der Erlassung der C.O. geltenden Gesetzen zu beurtheilen. Der Gesetzgeber hat mit Absicht nur den Nachweis durch eine vollen Glauben verdienende Urkunde (§ 8 des kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 R.G.B. N. 208) statt durch ein executionsfähiges Urtheil gefordert; vgl. Motive bei Kaserer S. 118. Richtig Anonymus in Jur. Bl. 1876 No. 48 f.; Kissling S. 128; Gl.U. 3890, 4033, 8076; Nowak Slg. III No. 279.

öffentliche Urkunde, einen Notariatsact, einen mit den nöthigen Förmlichkeiten versehenen Privatschuldschein, einen Wechsel.[8])

Gegenüber einem protocollirten Kaufmann, einer prot. Handelsgesellschaft, einer registrirten Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft, welche Handelsgeschäfte gewerbemässig betreibt, ferner einem flüchtigen oder verborgenen Schuldner genügt die glaubwürdige Bescheinigung des Anspruches, also z. B. die Vorlegung eines Auszuges aus den Handelsbüchern. Wann eine glaubwürdige Bescheinigung des Anspruches erbracht ist, beurtheilt das Gericht nach seinem Ermessen; doch darf es keine executionsfähige Urkunde verlangen.

ad 2 Der Schuldner[9]) kann den Antrag auf Concurseröffnung selbst stellen, wenn er handlungsfähig ist; andernfalls stellen ihn für ihn seine Vertreter. Handelt es sich um Minderjährige oder Pflegebefohlene (z. B. Abwesende), so bedarf der Vertreter der Genehmigung des Vormundschafts- oder Curatelsgerichts[10]) (§§ 233, 282 a. b. G. B.). Handelt es sich um eine Handelsgesellschaft, die persönlich haftende Gesellschafter hat, so kann jeder persönlich haftende vertretungsberechtigte Gesellschafter (selbst wider Willen der anderen Gesellschafter) diesen Antrag stellen.[11]) Handelt es sich um eine juristische Person, so sind ihr Vorstand, eventuell ihr Aufsichtsrath oder ihre Liquidatoren zur Antragstellung berechtigt, und bisweilen (wie manchmal auch der handlungsfähige Schuldner selbst) verpflichtet.[12])

ad 3) Der Erbe des Schuldners kann — mit Genehmigung des Abhandlungsgerichtes — den Antrag auf Concurseröffnung über das Nachlassvermögen stellen, wenn er seine bedingte Erbserklärung zum Nachlasse des Schuldners schon überreicht hat, und

---

[8]) Wie zu verfahren ist, wenn der Schuldner den Bestand des Anspruches in Abrede stellt, wird im § 15 erörtert.

[9]) Ueber die interessante historische Entwicklung dieses Rechts des Schuldners vgl. Stobbe a.a.O. S. 25 ff.

[10]) Schwarz S. 59.

[11]) Kirschbaum, Hat der Concursrichter dem Gesuche eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft um Eröffnung des Concurses über das Vermögen derselben bei entgegengesetzter Erklärung des anderen Gesellschafters stattzugeben? in G.H. 1886 No. 10 ff., u. in Jur. Viertelj. 1886 S. 140 ff.

[12]) Art. 240 H. G. B.; § 49 des Ges. v. 9. April 1873 R. G. B. No. 70.

wenn ihm der Nachlass, über welchen der Concurs eröffnet werden soll, noch nicht eingeantwortet ist. Vor der Erbserklärung, nach unbedingter Erbserklärung[13]) (§ 801 a.b.G.B.) und nach der Einantwortung des Nachlasses kann der Erbe einen solchen Antrag nicht stellen. Nicht erforderlich ist, dass dem Erben die Besorgung und Verwaltung der Verlassenschaft übertragen sei; der Erbe kann den Antrag auch dann stellen, wenn ein Testamentsexecutor (welcher ohnedies zur Stellung eines solchen Antrags nicht legitimirt ist) oder ein Nachlasscurator vorhanden ist.[14]) Von mehreren Erben ist schon mit Rücksicht auf die Verantwortung, welche die Stellung und Unterlassung des Antrages mit sich bringt, jeder für sich allein zum Antrag berechtigt.

ad 4) Der Verlassenschaftscurator, von welchem § 62 Z. 2 C.O. spricht, ist sowohl derjenige, welchen die Gläubiger des verstorbenen Schuldners nach § 811 a.b.G.B. zu verlangen berechtigi sind, als auch jener, welchen das Verlassenschaftsgericht nach den §§ 128 und 131 des kais. Pat. v. 9. August 1854 R.G.B. No. 208 für unbekannte Erben, für Erben, deren Aufenthaltsort unbekannt ist, endlich für bekannte Erben, die von ihrem Erbrecht nicht rechtzeitig Gebrauch machen, bestellt; der zwischen dem nach § 128 und dem nach § 131 bestellten Curator bestehende Unterschied bezieht sich lediglich auf die Erbserklärung, nicht auch auf die Befriedigung der Erbschaftsgläuber, und ist hier irrelevant.[15]) Jeder der genannten Verlassenschaftscuratoren ist daher von seiner Bestellung an bis zu seiner Enthebung, eventuell bis zur Einantwortung des Nachlasses (mit Genehmigung des Verlassenschaftsgerichts) berechtigt, den Antrag auf Concurseröffnung zu stellen. Von mehreren Verlassenschaftscuratoren ist wie von mehreren Erben Jeder für sich allein zur Antragstellung be-

---

[13]) Unger VI § 40 Anm. 14; Kaserer S. 115.

[14]) Die Vorbereitung für diesen nach § 62 C.O. zu stellenden Antrag wird in vielen Fällen der Antrag auf Gläubiger-Convocation nach § 813 a.b.G.B. sein; doch besteht kein nothwendiger Zusammenhang zwischen dem § 813 a.b.G.B. und dem Antrag auf Concurseröffnung, wie sich schon aus § 815 a.b.G.B. („nach der gesetzlichen Ordnung") ergiebt; vgl. Zrodlowski in G.Z. 1869 S. 233 f.; Randa, Erwerb der Erbschaft S. 117 ff.; R. Pollak in Grünhut's Ztschr. XXII S. 746.

[15]) Vgl. Schuster, Comm. S. 217 ff.; Pfaff-Hofmann, Comm. II S. 38 ff.

rechtigt.[16]) Ebenso bleibt der Curator zu einem solchen Antrage berechtigt, wenn neben ihm erbserklärte Erben vorhanden sind.[17])

IV. Der Inhalt des Antrages ist durch das sub II dargestellte Begehren desselben bedingt, es solle Concurs über das Vermögen eines bestimmten Rechtssubjects eröffnet werden. Dieses Begehren kann in den Fällen des § 62 und 64 C.O., wenn der Schuldner, sein Erbe oder sein Nachlasscurator um die Concurseröffnung einschreiten, oder wenn ein Gläubiger um die Eröffnung des Concurses über das Vermögen eines prot. Kaufmannes, einer prot. Handelsgesellschaft, einer registrirten Genossenschaft, oder eines wegen Zahlungsunvermögens flüchtigen oder verborgenen Schuldners ansucht, auf sofortige Concurseröffnung lauten; in den Fällen der §§ 63 und 64 C.O. (wenn nicht Gefahr im Verzuge ist) lautet es in erster Linie auf Einleitung des Eröffnungsverfahrens, und in zweiter Linie auf Concurseröffnung.[18])

Die Begründung des Antrages ist in den verschiedenen Fällen eine verschiedene.

Der Schuldner hat sich auf sein Zahlungsunvermögen zu berufen, ebenso der Gläubiger, welcher nach § 63 oder § 64 C.O. seinen Antrag stellt. Auf Zahlungseinstellung des Schuldners beruft sich der Gläubiger eines prot. Kaufmannes, einer prot. Handelsgesellschaft oder registrirten Genossenschaft. Dagegen brauchen nach § 62 Z. 2 C.O. der Erbe oder Nachlasscurator ihren an das Concursgericht gerichteten Antrag auf Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Erblassers nicht mit dessen Zahlungsunvermögen, auch nicht mit einer Zahlungseinstellung desselben zu motiviren. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass die Textirung des § 62 Z. 2 C.O. lediglich ein Versehen des Gesesetzgebers darstellt, und dass beabsichtigt war, den Nachlassconcurs auch nur im Falle der Ueberschuldung des Nach-

---

[16]) Wie das Gericht zu verfahren habe, wenn von mehreren Erben oder mehreren Curatoren nur einer den Concurseröffnungsantrag stellt, wird im § 21 besprochen.

[17]) Was bei mehreren berufenen Erben trotz des Widerspruchs von Krainz-Pfaff II S. 559 gewiss möglich ist; richtig Pfaff-Hofmann a.a.O. II S. 40.

[18]) Im Falle des § 62 Z. 2 u. des § 198 C.O. kann das Gericht ein Eröffnungsverfahren einleiten.

lasses oder der Zahlungseinstellung des Erblassers zuzulassen; allein im Gesetze selbst ist dieses Erforderniss nicht zum Ausdruck gekommen, und kann daher de lege lata nicht aufgestellt werden. Mit Rücksicht auf § 813 a. b. G. B.,[19]) ferner auf das nach § 282 a. b. G. B. für den Nachlasscurator und nach § 145 des kais. Pat. vom 9. August 1854 R.G.B. No. 208 für den Erben begründete Erforderniss der verlassenschaftsbehördlichen Genehmigung zur Stellung des Concurseröffnungsantrages, und auf die auch für den Nachlassconcurs geltende Vorschrift des § 66 C.O. (Mehrheit der Gläubiger, hinreichendes Nachlassvermögen) kann überdies der Vorschrift des § 62 Z. 2 C.O. auch so, wie sie lautet, die Berechtigung nicht abgesprochen werden.

Die weitere Begründung der verschiedenen Concurseröffnungsanträge ist im § 16 dargestellt.

V. Es giebt Fälle, in welchen die Concurseröffnung nicht nur auf Antrag, sondern auch ohne Antrag erfolgt. Dies ist nur bei kaufmännischen Concursen der Fall (§§ 198, 199 C.O.). Ist auch in diesen Fällen dem Gerichte nicht aufgetragen, den Concurs zu eröffnen, wenn es auf welche Weise immer davon in Kenntniss kommt, dass die Voraussetzungen der Concurseröffnung gegeben sind, so kann man dennoch (wie das Gesetz es im § 199 thut) von einer Concurseröffnung von Amtswegen sprechen, weil sie eben ohne Antrag erfolgt.

An die Stelle des Antrages tritt in einem Falle die Anzeige, im anderen Falle die eigene Kenntniss des Gerichts.

VI. Die Anzeige der Zahlungseinstellung führt zur Eröffnung des Concurses über das Vermögen protokollirter Kaufleute und der protokollirten Handelsgesellschaften (einschliesslich der hierher nach § 13 Gen.Ges. gehörenden registrirten Genossenschaften).

Diese Anzeige unterscheidet sich vom Antrag auf Concurseröffnung a) dadurch, dass sie kein auf Concurseröffnung gerichtetes Begehren zu enthalten hat, b) dadurch, dass sie nicht wie der Antrag mit Rechtswirkung zurückgezogen werden kann, und c) da-

---

[19]) Die nach § 813 a.b.G.B. angeordnete Gläubiger-Convocation wird von Unger und Krainz-Pfaff ohnedies als Analogon des Concurses behandelt; vgl. auch Sperl, Succession in den Process S. 161 ff., und hiezu R. Pollak in Grünhut's Ztschr. XXII S. 746.

durch, dass nicht nothwendiger Weise ein Concurseröffnungsverfahren stattzufinden braucht.[20])

Die Anzeige kann nur ausgehen vom Schuldner selbst, resp. seinen Vertretern (s. oben III 2), und muss sich auf die Zahlungseinstellung desselben berufen. Bei einer prot. Handelsgesellschaft ist jeder persönlich haftende Gesellschafter für sich allein zur Anzeige berechtigt,[21]) ebenso der Vorstand einer Actiengesellschaft und einer der obgenannten Genossenschaften.

VII. Die eigene Kenntniss des Gerichtes führt zur Concurseröffnung über das Vermögen eines jeden im Inlande wohnhaften persönlich haftenden Gesellschafters einer protokollirten offenen Handelsgesellschaft, Commandit- und einer Commandit-Actiengesellschaft im Falle der Concurseröffnung über das Vermögen der Gesellschaft (§ 199 C.O.),[22]) nicht auch über das Vermögen der einzelnen Genossenschafter einer in Concurs verfallenen Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung (§ 60 des Gesetzes vom 9. April 1873 R.G.B. No. 70). Die Concurseröffnung über das Vermögen des Gesellschafters erfolgt gleichzeitig[23]) mit jener über das Vermögen der Gesellschaft; die Vorschriften der §§ 66 und 154 C.O. gelten.

VIII. Anhangsweise wird bemerkt, dass die Wiedereröffnung des Concurses wegen eines neu hervorgekommenen Concursvermögens (§ 190 C.O.) und wegen Nichtigkeit des Zwangsausgleiches (§ 243 C.O.) von Amtswegen erfolgt.

§ 15. Gehör des Schuldners.

I. Es ist nicht eine unumgängliche Voraussetzung einer jeden Concurseröffnung, dass dem Schuldner (oder auch nur seinem Curator) rechtliches Gehör vor der Concurseröffnung gewährt werde. Vielmehr ist dies imperativ nur für den Fall des § 63 C.O., ferner im Fall des § 64 C.O. dann vorgeschrieben, wenn diese

[20]) Zulässig ist ein Zwischenverfahren auf Grund einer solchen Anzeige, wenn diese es erforderlich macht.

[21]) Gl.U. No. 7906; Kirschbaum a.a.O. S. 140 ff.

[22]) Frankl, Concurs der offenen Handelsges. S. 49 ff., woselbst die Details. Vgl. auch Adler-Clemens No. 1193 u. Oesterr. Rechtsl. II S. 1105 ff.

[23]) Vgl. § 201 dtsch. C.O.



Einvernehmung (des Curators ad actum) ohne Gefährdung der Gläubigerrechte erfolgen kann. Der Curator ad actum hat über dieselben Umstände vernommen zu werden, wie der Schuldner selbst; er vertritt den Schuldner, hat sich daher über dessen Verhältnisse zu informiren und von ihm seinen Kostenersatz zu beanspruchen. In den andern Fällen des § 64, ferner der §§ 62, 198 und 199 C.O. ist die Gewährung des rechtlichen Gehöres für den Schuldner nicht vorgesehen, und wenn auch nicht verboten, so doch für den Regelfall ausgeschlossen.

II. Wo das rechtliche Gehör des Schuldners imperativ vorgeschrieben ist (§§ 63 und 64 C.O.), erfolgt es derart, dass auf das Gesuch um Concurseröffnung eine Tagfahrt zur Einvernehmung beider Parteien angeordnet wird.[1]) Wenn mehrere Gläubiger eines Schuldners mit separaten Gesuchen auf Concurseröffnung antragen, so kann eine Tagfahrt für die Einvernehmung des Schuldners und aller Gläubiger angeordnet werden. Ein Zwang zum Erscheinen, wie sonst bisweilen im Verfahren ausser Streitsachen, wird nicht geübt; die Folgen des Ausbleibens sind verschieden.

Bleiben beide Parteien aus, so wird der Act in der Registratur hinterlegt, und es steht dem Gläubiger die Reassumirung des Verfahrens jederzeit frei.

Bleibt der Gläubiger aus, so wird der Antrag auf Concurseröffnung auf Verlangen des Schuldners zurückgewiesen (§ 63 al. 2 C.O.), und es erfolgt keine Concurseröffnung, selbst wenn alle andern Voraussetzungen derselben gegeben sind.[2]) Diese Zurückweisung wird nicht materiell rechtskräftig, und hindert den Gläubiger zwar an der Reassumirung, aber nicht an einem neuen Concursantrag.

Bleibt der Schuldner oder sein Curator (§ 64 C.O.) aus, so findet zwar kein Contumacialverfahren wider ihn statt,[3]) wie im Civilprocesse; d. h. es wird nicht fingirt, dass er die behaupteten Voraussetzungen der Concurseröffnung zugestanden habe. Aber sein Fernbleiben hindert den Fortgang des Verfahrens, die officiose Erhebung der Concursvoraussetzungen, nicht. Es wird daher auch

---

[1]) In der Praxis wird diese Tagfahrt „Bedeckungstagfahrt" genannt; vgl. Oesterr. Rechtslexicon I S. 319 ff.

[2]) Selbstverständlich ist, dass eine Concurseröffnung nach § 62 oder 198, 199 C.O. hiedurch nicht ausgeschlossen ist.

[3]) Vgl. Fitting, Concursr. S. 238.



in diesem Falle geprüft, ob der Schuldner mit Executionen verfolgt ist, ob der Gläubiger einen hinreichend nachgewiesenen (§ 63 C. O.) oder bescheinigten (§ 64 C. O.) Anspruch hat, ob hinreichendes Concursvermögen vorhanden ist (§ 66 C. O.), ob mehrere Gläubiger existiren. Auch zu dem unten noch zu besprechendem Eide nach § 66 C. O. über den Bestand seines Vermögens kann jener Schuldner — nicht auch sein Curator — verhalten werden, welcher zur sog. Bedeckungstagfahrt nicht erschienen ist.[4])

III. Erscheinen beide Parteien bei der Tagfahrt, so wird auf Antrag des Gläubigers der Schuldner (oder im Falle des § 64 C. O. sein Curator) darüber einvernommen, ob er den andringenden Gläubiger für seinen Anspruch „sichergestellt“ habe, oder ob er im Stande sei, alle seine Gläubiger zu befriedigen. Der Nachweis des einen oder andern Umstandes durch den Schuldner oder seinen Curator verhindert die Concurseröffnung.

Die Verhandlung beschränkt sich jedoch nicht auf diesen — nicht ex officio zu erhebenden — Nachweis, dass ein Zahlungsunvermögen nicht vorliege; sondern sie erstreckt sich auch als officiöses Verfahren auf die Prüfung aller übrigen Voraussetzungen des Concurses, namentlich des hinreichenden Vermögens und der Mehrheit der Concursgläubiger.[5]) Zu dieser Prüfung sind beide Parteien heranzuziehen, und es kann das Gericht auch die Einvernehmung von Zeugen und Sachverständigen veranlassen oder vornehmen,[6]) und Actenstücke requiriren (was sehr häufig geschieht).

Auf Antrag des betreibenden Gläubigers hat das Gericht dem Schuldner ohne contradictorisches Verfahren den Eid aufzutragen und abzunehmen, dass er von seinem Vermögen nichts verschwiegen habe. Dieser Eid kann durch den Gläubiger auch dann gefordert werden, wenn der Schuldner angegeben hat, dass er gar kein Vermögen besitze.[7]) Von Amtswegen darf der Eid nicht verlangt werden. Neben demselben kennt die C. O. noch den Eid nach § 69 C. O.

---

[4]) Der gehorsame Schuldner, welcher bei der Tagfahrt erschienen ist, wäre sonst schlechter daran als der ungehorsame; Gl. U. 4591; entg. Gl. U. 3513, 4849. Die Frage ist jetzt mit Rücksicht auf § 3 des Ges. vom 16. März 1884 No. 35 R. G. B. nicht mehr praktisch.

[5]) Jud. B. No. 71; Gl. U. 3876, 4469, 5187, 6231, 8914.

[6]) Dies geschieht wohl äusserst selten.

[7]) Gl. U. 3841.

IV. Da eine Concurseröffnung in diesen Fällen der §§ 63 und 64 C.O. nicht stattfindet, wenn der Gläubiger den Antrag auf Concurseröffnung nicht bei der Tagfahrt stellt, da andererseits die Concurseröffnung nicht abgelehnt werden kann, insolange nicht feststeht, dass ihre Voraussetzungen fehlen, muss die nach §§ 63 und 64 C.O. angeordnete Tagfahrt auf Antrag der Gläubiger erstreckt werden. Das Gericht hat keine rechtliche Befugniss, den Gläubiger zu zwingen, dass er entweder einen Concurseröffnungsantrag bei der Tagfahrt stelle oder ihn bei derselben zurückziehe.[8]) Es würde auch eine solche Befugniss des Gerichtes dem — nur ausnahmsweise durchbrochenen — Grundsatz widersprechen, dass von Amtswegen auf die Concurseröffnung nicht hingewirkt werden soll.

Lässt sich nun auch nicht leugnen, dass die in der Praxis üblichen häufigen Erstreckungen der nach §§ 63 und 64 C.O. angeordneten Tagfahrten[9]) ein Uebel sind, so lässt sich dennoch lege ita scripta nichts dawider thun, und eine gerichtliche Entscheidung wäre gesetzwidrig, welche eine solche Erstreckung verweigern würde.[10])

V. In den Fällen der §§ 62, 64 (bei Gefahr im Verzuge), 198 und 199 C.O. ist die sofortige Concurseröffnung auf den gestellten Antrag, die erstattete Anzeige oder die eigene Kenntniss des Gerichtes hin vorgesehen, die Einvernehmung des Schuldners daher nicht nur nicht imperativ vorgeschrieben, sondern als entbehrlich betrachtet.

Es ist in einigen dieser Fälle durch besondere gesetzliche Vorschriften dafür gesorgt, dass die Einvernehmung des Schuldners erspart werden kann:

a) Im Fall des § 64 C.O. hat sich der Schuldner geflüchtet oder hält sich verborgen, ohne dass eine andere Ursache hievon als sein Zahlungsunvermögen vermuthet werden kann.[11])

b) Der protokollirte Kaufmann und die protokollirte Handels-

---

[8]) A. M. Schwarz S. 61 ff. mit unrichtiger Begründung.

[9]) Kostenersatz wird für diese Tagfahrten keiner Partei geleistet: Gl.U. No. 9498, 9631, 10784, 11052; entg. Gl.U. No. 6199, 11515.

[10]) Selbstverständlich ist, dass der Erstreckungsantrag aus anderen Gründen, z. B. deshalb zurückgewiesen werden kann, weil das Begehren um Concurseröffnung als „offenbar unbegründet" erkannt wird (§ 63 al. 3 C.O.).

[11]) Vgl. Jur.Bl. 1872 S. 550 u. 1882 S. 559 ff.



gesellschaft, welche um Eröffnung des Concurses selbst einschreiten, oder ihre Zahlungseinstellung selbst durch ihre zur Vertretung vor Gericht befugten Personen (§ 197 C.O.) anzeigen, haben dem Gericht ihre Handelsbücher einzureichen und eine genaue Bilanz „unverweilt“ vorzulegen (§ 195, 196 C.O). Für die Erfüllung dieser Pflicht haftet der Kaufmann, jeder persönlich haftende Gesellschafter und der Vorstand einer Actien-, Commandit-Actiengesellschaft und registrirten Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft, die gewerbsmässig Handelsgeschäfte betreibt, ferner die Liquidatoren dieser Institute (§ 197 C.O.).

c) Der Gläubiger, welcher die Eröffnung eines kaufmännischen Concurses anregt, hat im Gesuche die Zahlungseinstellung ausreichend zu beweisen.

In diesen drei Fällen trifft das Gesetz die nöthige Fürsorge dafür, dass das Gericht die Umstände, welche es durch die im § 63 C.O. vorgeschriebene Einvernahme des Schuldners und die im § 64 C.O. für einen Fall vorgeschriebene Einvernahme seines Curators feststellen will, ohne eine solche Einvernahme festzustellen vermag.

d) Eine Einvernahme des persönlich haftenden Gesellschafters einer in Concurs verfallenen Handelsgesellschaft entfällt, wenn über sein Privatvermögen der Concurs eröffnet werden soll. In diesem Falle ist die Einvernahme entbehrlich, weil der Concurs auf jeden Fall eröffnet wird.

e) Für die noch erübrigenden zwei Fälle des § 62 C.O. trifft das Gesetz eine solche Vorsorge, wie ad a—d nicht, schreibt aber andererseits die Einvernehmung des Schuldners nicht imperativ vor. Der Grund liegt darin, dass es in einem Falle der Schuldner, im anderen Falle sein Erbe oder Nachlasscurator ist, welcher den Antrag auf Concurseröffnung stellt; es wird vorausgesetzt, dass sie es ohne zwingenden Grund nicht thun werden. (S. übrigens § 14 III, 3, 4.) Auch wird von ihnen erwartet, dass sie mit ihrem Antrage ein genaues Vermögens- und Schuldenverzeichniss dem Gerichte überreichen (§ 96 C.O.).

VI. Nichtsdestoweniger kann in allen diesen sub V genannten Fällen die Einvernehmung des Schuldners oder seines Vertreters erspriesslich, ja nöthig sein. Beispiele: ein Schuldner beantragt nach § 62 die Concurseröffnung über sein Vermögen, ohne irgend welche Angaben zu machen, aus welchen sein Zahlungsunvermögen sich ergiebt. Von zwei vertretungsberechtigten persönlich haftenden Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft beantragt der eine

die Concurseröffnung, der andere giebt gleichzeitig eine entgegengesetzte Erklärung ab.[12])

Für diese und ähnliche Fälle ist eine Einvernahme des Schuldners oder eines Schuldners zwar nicht vorgeschrieben, auch nicht erzwingbar, aber zulässig, so gut wie die Einvernahme von Zeugen und Sachverständigen, die Einsichtnahme in die Bücher und die Bilanz, kurz wie jedes Mittel, welches dazu dient, den Concursfall festzustellen. Zwar sagt das Gesetz im § 62 C. O., dass der Concurs „sogleich“ zu eröffnen ist, aber darunter ist nur zu verstehen, dass er sogleich zu eröffnen ist, wenn der Concursfall feststeht.

Der Unterschied zwischen den Fällen, in welchen die Einvernahme des Schuldners imperativ ist, und den sub V genannten Fällen ist daher nur der, dass in den sub V genannten Fällen diese Einvernahme in das Ermessen des Gerichtes gestellt ist, und wenn thunlich, nicht erfolgen soll. Sie erfolgt auch in der Praxis regelmässig nicht.

VII. Die Verletzung der in diesem Paragraphen dargestellten Voraussetzung der Concurseröffnung ist die Verletzung einer Amtspflicht des Gerichtes, die im Recurswege gerügt und in diesem abgestellt werden kann. Ist dies nicht mehr möglich, so kann der Ersatz des dem Schuldner durch eine materiell ungerechtfertigte Concurseröffnung zugefügten Schadens im Wege eines Syndicatsprocesses verlangt werden. Aber der rechtskräftig eröffnete Concurs bleibt trotz dieser Verletzung eröffnet.

§ 16. Zahlungsunfähigkeit.[1])

I. Das Concursrecht basirt auf dem Gedanken des Zahlungsunvermögens des Schuldners; aber dieser Gedanke wird im positiven Rechte in sehr verschiedenartiger Weise ausgestaltet. Die Theorie unterscheidet Zahlungsstockung, Zahlungseinstellung, Zahlungsunfähigkeit, Ueberschuldung.

Unter Zahlungsstockung versteht man die momentane, vorübergehende Unfähigkeit eines Schuldners, seinen Verbindlich-

[12]) Kirschbaum in G.H. 1886 No. 10, 11.

[1]) Menzel, Anfechtungsrecht S. 178 f.; Steinbach S. 55 ff.; Dernburg, Preuss. Privatr. II S. 113; Staub, Comm. z. H. G. (2. Aufl.) S. 553 f.; Petersen-Kleinfeller (3. Aufl.) S. 358 ff.; Oetker, Grundbegr. I S. 174 ff.; Kohler, Lehrb. S. 92 ff. Ung. C. O. §§ 82 ff., 244.



keiten nachzukommen. Sie ist, eben mit Rücksicht auf ihre vorübergehende Natur, kein Concurseröffnungsgrund.

Zahlungseinstellung und Zahlungsunfähigkeit hängen zusammen. Zahlungsunfähigkeit ist das Fehlen bereiter Mittel zur Zahlung eingeforderter fälliger Schulden;[2] Zahlungseinstellung liegt vor, wenn der Schuldner — aus dem Grunde der Zahlungsunfähigkeit[3] — aufhört, alle seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen;[4] dass er einzelne derselben zu diesem Zeitpunkte noch erfülle, schliesst die Zahlungseinstellung nicht aus.

Ueberschuldung liegt vor, wenn, wie Art. 240 al. 3 H.G. sagt, „das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt". Dabei kommt es auf den wahren Werth des ganzen Vermögens, ferner auf den gesammten Betrag der — fälligen und nicht fälligen, bedingten und nicht bedingten — Verbindlichkeiten an.

Die Ueberschuldung (Insufficienz) kann zur Zahlungseinstellung führen und kann auch die Zahlungsunfähigkeit nach sich ziehen. Doch muss dies nicht der Fall sein, weil bei der Ueberschuldung auch die nicht fälligen Verbindlichkeiten in Betracht gezogen werden. Andererseits muss eine Zahlungseinstellung, eine Zahlungsunfähigkeit ihren Grund nicht in der Ueberschuldung haben; es ist vielmehr möglich, dass die Activen viel mehr als die Passiven betragen, und dass dennoch eine Zahlungseinstellung erfolgen muss, weil z. B. die Activen schwer realisirbar, die Passiven fällig sind.

II. Das österreichische Recht (Concursordnung und Anfechtungsgesetz) hat diesen Punkt nicht einheitlich geordnet, vielmehr verschiedene Voraussetzungen der Concurseröffnung für verschiedene Fälle derselben normirt.[5]

§ 1 C.O. spricht zwar ganz allgemein von einem zahlungsunfähig gewordenen Schuldner, aber er bestimmt nicht, wann ein Schuldner im Sinne der C.O. zahlungsunfähig, d. h. wann über ihn der Concurs zu eröffnen sei. Nur um diesen Umstand, nur um die Voraussetzung des formellen Concurses handelt es sich nicht darum, wann ein Schuldner materiell im Concurs ist.

---

[2]) Vgl. deutsches R.G. in Strafs. III S. 195, 294; IV S. 61; v. Ruber in G.Z. 1876 S. 338 f.; Krasnopolski in Grünhut's Ztschr. XIV S. 75 ff.

[3]) Menzel S. 179; Dernburg a.a.O.

[4]) Gl.U. No. 4082, 5307, 5392, 6139, 9667, 11126.

[5]) A. M. Schwarz S. 57 ff. (der aus § 1 C.O. eine allgemeine Definition zu gewinnen trachtet) und v. Schullern in Ztschr. f. Volkswirthschaft, Socialpolitik u. Verwaltung I S. 422.

Diese Voraussetzung des formellen Concurses, der Concurseröffnung, ist nun äusserst verschieden geordnet.

III. Am einfachsten noch im kaufmännischen Concurse, dessen Voraussetzung regelmässig[6]) nach § 198 C. O. die Zahlungseinstellung ist. Eine Definition des Begriffes der Zahlungseinstellung (Insolvenz) giebt das Gesetz nicht, und wir sind daher auf den Sprachgebrauch des Lebens und die Praxis der Gerichte verwiesen. Der Sprachgebrauch versteht (siehe I) unter Zahlungseinstellung oder Insolvenz die (ausdrückliche oder aus concludenten Handlungen zu erschliessende) Willensäusserung des Schuldners, seine fälligen Verbindlichkeiten wegen seiner Zahlungsunfähigkeit nicht zu befriedigen.[7]) Kaufleute geben z. B. diese Erklärung im Rundschreiben an ihre Gläubiger, oder durch eine Anzeige bei einem kaufmännischen Verein ab; sie kann auch erschlossen werden daraus, dass der Schuldner sich mehrfach klagen,[8]) oder mehrfach von Gerichtswegen pfänden lässt;[9]) freilich begründet nicht jede Klage einen unzweifelhaften Schluss auf die Zahlungseinstellung des Geklagten, welcher ja erhebliche andere Gründe haben kann, diesen Process zu führen.[10]) Insoferne also nicht eine ausdrückliche Willensäusserung des Schuldners vorliegt, wird es immer quaestio facti bleiben, ob aus den vorliegenden Indicien[11]) auf die Zahlungseinstellung geschlossen werden kann und muss. Bleibt ein gegründeter Zweifel, so wird die Zahlungseinstellung nicht angenommen werden können.

Für den kaufmännischen Concurs ist die Zahlungseinstellung der hinreichende Concurseröffnungsgrund. Selbst wenn aus der nach § 195 C. O. vorgelegten Bilanz und den gleichzeitig überreichten Handelsbüchern des Schuldners sich ergiebt, dass derselbe zwar insolvent ist (seine Zahlungen eingestellt hat), sein Vermögen aber nicht insufficient ist (er activ ist), selbst dann ist der Concurs zu eröffnen.

---

[6]) Ausnahme: § 199 C.O. siehe V; wenn über das Vermögen eines prot. Kaufmannes etc. nach den §§ 62—64 C.O. Concurs eröffnet wird, gelten, wie natürlich, die Voraussetzungen dieser Paragraphen.

[7]) Vgl. § 113 der preuss. C.O. v. 8. Mai 1855.

[8]) Gl.U. 4082, 5307.

[9]) Gl.U. 5392.

[10]) Vgl. Gl.U. 6139; Oetker a.a.O. I S. 181; Koch, Comm. S. 124.

[11]) Z. B. einem Privatzeugniss von protok. Kaufleuten (Gl.U. 9667), einer Zeitungsnachricht (Gl.U. 11126).

IV. Ebenso ist es für die Eröffnung des Concurses irrelevant, wann die Zahlungseinstellung erfolgt ist; daher hat die Concursordnung diese Frage auch offen gelassen.[12]) Anders im Anfechtungsrecht. Die §§ 5, 6 und 9 des Anfechtungsgesetzes erklären eine Reihe von Handlungen des (handelsgerichtlich protokollirten) Gemeinschuldners im Concurse für anfechtbar, welche derselbe zwar vor der Concurseröffnung, aber nach der Zahlungseinstellung vorgenommen hat. Für diese Fälle ist es demnach von Wichtigkeit, den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung, der ja weit vor jenem der Concurseröffnung liegen kann, festzustellen.[13]) Das Anfechtungsgesetz enthält jedoch keine Vorschriften darüber, in welcher Weise dieser Zeitpunkt festgestellt werden soll; nur wenn ein Begehren um Concurseröffnung wider den Gemeinschuldner eingebracht worden ist, ersetzt dasselbe den Nachweis der Zahlungseinstellung. In allen anderen Fällen bleibt es (auch für das Anfechtunsgrecht) quaestio facti, wann eine Zahlungseinstellung erfolgt ist. Den Beweis: a) der Zahlungseinstellung, b) der Kenntniss desjenigen, wider den die Anfechtung sich richtet, von der Zahlungseinstellung hat der Anfechtende, also im Concurse der Massaverwalter zu führen.

V. Für den ordentlichen Concurs besteht keine entsprechend klare Vorschrift, wie sie die „Zahlungseinstellung“ für den kaufmännischen Concurs ist. Man muss für ihn vier Fälle unterscheiden:

a) jenen des § 62 Z. 2 C.O.,
b) jenen des § 62 Z. 1 C.O.,
c) jenen des § 63 C.O.,
d) jenen des § 64 C.O.

ad a) Der Fall, in welchem der Erbe des Schuldners oder sein Nachlasscurator um die Concurseröffnung einschreitet, ist ganz absonderlich, weil hier zur Concurseröffnung weder die Insolvenz, noch die Insufficienz des Vermögens, noch eine Zahlungseinstellung des Erblassers erfordert wird,[14]) sondern die Genehmigung des Abhandlungsgerichtes zur Einbringung des Concurseröffnungsantrages dieses Erforderniss ersetzt.

---

[12]) Kaserer S. 234 ff.; vgl. § 244 ung. C.O.; anders § 122 der preuss. C.O. v. 8. Mai 1855.

[13]) Krasnopolski, Anfechtungsrecht S. 60 ff. Vgl. Gl.U. No. 11917.

[14]) Schwarz S. 58 hebt diesen Fall nicht hervor. Ung. C.O. § 83 verlangt Insufficienz.

ad b) Schreitet der Schuldner selbst um die Concurseröffnung über sein Vermögen nach § 62 Z. 1 C.O. ein, so hat er sich auf sein Unvermögen zur Zahlung seiner Schulden zu berufen. Es frägt sich, ob in diesem Fall der Schuldner auf etwas Anderes sich zu berufen hat, als wenn er (als prot. Kaufmann etc.) nach § 198 C.O. die Anzeige seiner Zahlungseinstellung erstattet. D. h.: in Frage ist, ob das „Zahlungsunvermögen" des § 62 Z. 1 C.O. mit der „Zahlungseinstellung" des § 198 C.O. identisch ist.

Schwarz bejaht die Frage unbedingt, v. Schrutka[15]) bedingt, indem er lehrt, im § 62 Z. 1 C.O. sei unter Zahlungsunvermögen sowohl die Ueberschuldung des Vermögens (Insufficienz) als die Zahlungseinstellung (Insolvenz) zu verstehen.

Die Meinung Schwarz' ist abzulehnen. Gegen sie spricht vor Allem die Erwägung, dass das Gesetz mit den Ausdrücken „Unvermögen, seine Schulden zu bezahlen" (§ 62 C.O.) und „Zahlungseinstellung" (§ 194 C.O.) wohl nicht dasselbe sagen wollte, da es sich doch sonst desselben Ausdruckes bedient hätte. Weiters ist die angefochtene Ansicht mit dem § 486 St.G. im Widerspruch. § 486 St.G. legt dem Schuldner die Pflicht auf, die Concurseröffnung zu beantragen, sobald der Passivstand den Activstand übersteigt (Insufficienz); begreift man mit Schwarz dieselbe nicht auch unter dem „Unvermögen, seine Schulden zu bezahlen" (§ 62 C.O.), so legt § 486 St.G. dem Schuldner die Pflicht zur Stellung des Concursantrages auch in Fällen auf, in welchen nach der C.O. diesem Antrage nicht entsprochen werden darf.

Das Zahlungsunvermögen ist daher nicht identisch mit der Zahlungseinstellung, sondern begreift sowohl die Insufficienz als auch die Insolvenz in sich. Der Schuldner kann seinen Concursantrag auf die eine oder die andere Voraussetzung stützen.

ad c) Complicirt ist der Fall des § 63 C.O., in welchem eine Einvernehmung des Schuldners vorgeschrieben ist. Voraussetzung der Concurseröffnung ist in diesem Falle die Insolvenz des Schuldners; er kann sich jedoch der Wirkung dieser Insolvenz entziehen, wenn er entweder den andringenden Gläubiger sicherstellt oder darthut, dass er nicht überschuldet, sein Vermögen zur Befriedigung seiner Gläubiger (nicht bloss der andringenden) sufficient sei, oder wenn er den Mangel hinreichenden Concursvermögens darthut.

Die Insolvenz wird im ordentlichen Concursverfahren nicht

---

[15]) Schwarz S. 57 ff.; v. Schrutka, Compensation im Concurs S. 51.



durch eine Zahlungseinstellung, sondern nur durch die Feststellung erwiesen, dass der Schuldner mit Executionen verfolgt sei. Das Gesetz sieht darin die Feststellung der Insolvenz, dass ein Schuldner sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zwingen lässt. Schlüssig ist diese Folgerung nur bei Executionen zur Befriedigung, nicht auch bei solchen zur Sicherstellung[16]) (weil bei diesen die Verpflichtung zur Leistung noch nicht feststeht); schlüssig ist sie auch nur dann, wenn die Executionen vollzogen sind[17]) und wenn mehrere Executionen wider den Schuldner laufen, weil bei einer Execution auch nur eine Zahlungsstockung vorliegen kann. Dementsprechend schreibt § 63 C.O. vor, dass der Schuldner mit Executionen,[18]) also mit mehr als einer Execution verfolgt sein müsse; die Praxis begnügt sich damit, dass von zwei Gläubigern (für zwei oder mehrere Forderungen) Executionen zur Befriedigung gegen den Schuldner geführt wurden, und verlangt nicht, dass unter diesen zwei Gläubigern der die Concurseröffnung beantragende sich nicht befinde;[19]) sie verlangt mit Unrecht auch nicht, dass es persönliche Gläubiger seien.[20]) Die Feststellung dieser Voraussetzung geschieht von Amtswegen;[21]) der andringende Gläubiger soll zwar behaupten, dass von zwei Gläubigern Executionen zur Befriedigung gegen den Schuldner laufen;[22]) zu beweisen hat er dies nicht, vielmehr ist das Vorhandensein dieser Voraussetzung auf Grund der Ergebnisse des Eröffnungsverfahrens von Amtswegen festzustellen.[23]) Zu diesem Zwecke nimmt das Gericht in sein eigenes Pfändungsprotokoll Einsicht und requirirt ohne Antrag die Pfändungsprotokolle fremder Gerichte.

---

[16]) Gl.U. No. 3722, 4121, 4445; a. M. Riehl, Spr.Pr. 1878 S. 125.

[17]) Gl.U. No. 7093.

[18]) In der Manz'schen Gesetzesausgabe heisst es im § 63 C.O. zu Folge eines Druckfehlers statt „Executionen" „Execution".

[19]) Gl.U. No. 3951, 5122, 6441; Nowak Slg. IV No. 341.

[20]) Die Concurseröffnung soll nach § 66 C.O. nur stattfinden, wenn zwei persönliche Gläubiger vorhanden sind; dies kann sich aus dem vom Schuldner vorzulegenden Gläubigerverzeichniss ergeben.

[21]) A. M. Anthofer in G.H. 1871 No. 99.

[22]) Gl.U. No. 3477, 3819, 3951. Amtszeugnisse des Inhalts, dass ein Schuldner mit Executionen verfolgt ist, dürfen nach § 111 Ger.Instr. nicht ausgestellt werden; Gl.U. No. 6865, 7204.

[23]) Gl.U. No. 3819, 4063, 4260, 4469, 4827, 5348, 5509, 5575, 7084; Nowak IV No. 341; entg. Gl.U. No. 3951, 4907, 7873.

Gegen diese Feststellung der Insolvenz hat, wie oben erwähnt, der Schuldner eine dreifache Möglichkeit, (gelegentlich seiner Einvernehmung) die Concurseröffnung hintanzuhalten:

1. indem er den oder die andringenden Gläubiger „sicherstellt.“ Die Sicherstellung braucht nicht durch Einräumung eines genügenden Pfandrechtes zu geschehen; es genügt auch die Bestellung von tauglichen Bürgen[24]) oder sonstigen Mitverpflichteten. Ebenso genügt, wie begreiflich, der Nachweis, dass der andringende Gläubiger für seinen Anspruch bereits sichergestellt ist.[25]) Wann eine solche Sicherstellung oder ihr Nachweis genügt, um die Concurseröffnung hintanzuhalten, ist Gegenstand des sorgfältigen richterlichen Ermessens; im Zweifel (über die Güte der Bürgen z. B.) hat die Concurseröffnung zu erfolgen.

2. indem der Schuldner darthut,[26]) dass er nicht überschuldet ist. Dies geschieht durch Vorlegung eines Verzeichnisses „seines Vermögens- und Schuldenstandes,“ welches die Möglichkeit der Befriedigung (nicht bloss der Sicherstellung) sämmtlicher persönlicher[27]) Gläubiger ergiebt. Der Schuldner hat nicht den gerichtsordnungsmässigen Beweis zu erbringen, dass er activ sei, ein Beweis, welcher der Natur der Sache nach kaum erbringlich wäre; es genügt die Darthuung der Befriedigungsmöglichkeit seiner persönlichen Gläubiger; das Gericht hat nach sorgfältigem Ermessen festzustellen, ob diese Möglichkeit durch den Schuldner dargethan ist. Im Zweifel, ob die Insufficienz des schuldnerischen Vermögens vorliege, ist der Concurs zu eröffnen.

3. indem der Schuldner angiebt und allenfalls durch seinen Eid (§ 66 C. O.) erhärtet, dass er kein zur Deckung der Kosten des Concursverfahrens hinreichendes Vermögen habe. Vgl. aber § 2 des Ges. v. 16. März 1884 R.G.B. No. 35; ferner unten § 18.

Es ist möglich, dass der Schuldner seiner Einvernehmung sich überhaupt entzieht. Dieselbe ist nicht zu erzwingen, sondern die Entscheidung über den Antrag auf Concurseröffnung ohne Rücksicht auf das mögliche Resultat einer solchen Einvernehmung zu fällen.

---

[24]) Vgl. §§ 1373, 1374 a. b. G. B.

[25]) Gl. U. No. 4964 (Sicherstellung durch einen Dritten). 5479.

[26]) Die Textirung des § 63 C. O. ist flüchtig; in al. 1 ist von „Darthuung“, in al. 2 vom „Nachweis“ der Befriedigungsmöglichkeit die Rede, als wäre dies nach der herrschenden Terminologie dasselbe.

[27]) Nur diese sind am Concurse betheiligt.

Der Schuldner verliert die Möglichkeit, die Concurseröffnung durch die sub 1 und 2 angeführten Gründe zu verhindern.

ad d) Wieder anders geregelt ist der Fall des § 64 C.O. Wenn der Schuldner flüchtig ist oder sich verborgen hält, so findet die Concurseröffnung auf Grund vermutheter Insufficienz oder Insolvenz (Zahlungsunvermögen) statt.[28] Das Gesetz sagt dies in der Weise, dass für die Flucht oder das Verbergen des Schuldners „eine andere Ursache als sein Zahlungsunvermögen (nicht) vermuthet werden kann;" das Gericht beurtheilt dies nach seinem sorgfältigen Ermessen. Es hat, wenn keine Gefahr im Verzuge ist, behufs Bildung seiner Ueberzeugung für den Schuldner einen Curator aufzustellen, und diesen über die Insufficienz oder Insolvenz des Schuldners einzuvernehmen.

VI. Voraussetzung der Concurseröffnung ist demnach bald die durch Zahlungseinstellung documentirte Insolvenz (kaufmännischer Concurs), bald die Genehmigung der Abhandlungsbehörde (§ 62 Z. 2 C.O.), das Zahlungsunvermögen (§ 62 Z. 1 C.O.), die Insolvenz (§§ 63 u. 64 C.O.), die Insufficienz (§ 64 C.O.).

Hiezu kommt noch der im § 199 C.O. geregelte Concurs-Eröffnungsgrund über das Vermögen des persönlich haftenden Gesellschafters einer protokollirten Handelsgesellschaft, dass nämlich über das Vermögen dieser Handelsgesellschaft der Concurs eröffnet wird; in diesem Falle ist weder Insolvenz noch Insufficienz noch eine Zahlungseinstellung erforderlich.[29]

§ 17. Mehrheit der Gläubiger.

I. Als wesentliche Voraussetzung der Concurseröffnung pflegt man das Vorhandensein von wenigstens zwei solchen Gläubigern zu verlangen, welche im Concursverfahren ihre Befriedigung zu suchen hätten, also von persönlichen Gläubigern.[1] Diese Voraussetzung wird aus dem Wesen des Concursverfahrens abgeleitet, da ein solches Verfahren nur dort nöthig sei, wo eine Collision von

---

[28]) v. Schrutka a.a.O. S. 51 spricht im Falle des §. 64 C.O. von qualificirter Insolvenz des Schuldners. Vgl. § 85 ung. C.O.

[29]) Schwarz S. 58 lehrt, dass die besprochene Voraussetzung der Concurseröffnung in allen Fällen die gleiche ist, und dass die Verschiedenheit der Terminologie sich bloss auf die Beweisfrage bezieht; s. auch Anm. 5.

[1]) Schwarz S. 56; Endemann S. 35 ff.; Kohler, Lehrb. S. 67 ff.

Gläubigerrechten möglich ist, also wo es wenigstens zwei Gläubiger giebt.

Die Richtigkeit dieses Gedankenganges ist von der Gesetzgebung anerkannt worden; jedoch wurden auch von dem hiemit adoptirten Grundsatze der Mehrheit von persönlichen Gläubigern als Voraussetzung der Concurseröffnung Ausnahmen festgesetzt.[2])

II. Grundsatz ist, dass eine Concurseröffnung nicht stattzufinden hat, wenn nur ein einziger persönlicher Gläubiger vorhanden ist;[3]) der entscheidende Zeitpunkt für die Beurtheilung dieser Frage ist jener der Beschlussfassung über den Antrag auf Eröffnung 'des Concurses (§ 66 C.O.), nicht schon über den Antrag auf Einleitung des Concurseröffnungsverfahrens. Waren z. B. bei der Einbringung eines Gesuches nach § 63 C.O. mehrere persönliche Gläubiger vorhanden, so kann dennoch eine Concurseröffnung nicht stattfinden, wenn bei der Einvernehmungstagfahrt der Schuldner ausweist, dass nur mehr einer derselben (aus welchem Grunde immer, etwa in Folge Erbganges) vorhanden ist. Und umgekehrt: eine Concurseröffnung muss erfolgen, wenn bei der Beschlussfassung über dieselbe mehrere persönliche Gläubiger vorhanden sind, mag auch bei der Stellung des Concursantrages nur einer vorhanden gewesen sein.

Auf die Zahl der Ansprüche kommt es insoferne an, als es auch zwei abgesonderte Ansprüche sein müssen, welche geltend gemacht werden; es genügt z. B. nicht, wenn ein Gläubiger und ein Bürge vorhanden sind.

Die sub II entwickelten Erfordernisse gelten sowohl im ordentlichen als auch im kaufmännischen Concurse;[4]) nur besteht thatsächlich bei der Zahlungseinstellung einer protokollirten Firma die Vermuthung, dass mehr als ein persönlicher Gläubiger vorhanden ist.

III. Von dem Erfordernisse der Gläubigermehrheit wird in zwei Fällen Umgang genommen:

a) bei Glaubhaftmachung des Vorhandenseins irgend eines An-

---

[2]) Schwarz S. 56 hat diese Ausnahmsfälle nicht beachtet.

[3]) Kommt nach der Concurseröffnung hervor, dass diese Voraussetzung nicht vorhanden war, so bleibt der Concurs giltig eröffnet, ist aber nach § 154 C.O. aufzuheben. Vgl. § 87 ung. C.O.

[4]) Unklar Gl.U. No. 4140.

fechtungsanspruches;[5]) diese Glaubhaftmachung hat von jenem Gläubiger zu erfolgen, welcher den Concursantrag stellt. Die Concurseröffnung kann (gegen den allgemeinen Grundsatz) davon abhängig gemacht werden, dass der betreibende Gläubiger eine Caution (nicht nothwendiger Weise einen Kostenvorschuss) für die Kosten des Concursverfahrens leiste. Die Höhe der Caution bestimmt das Gericht.[6]) (§ 2 des Ges. v. 16. März 1884 R.G.B. No. 35.)

b) wenn der Concurs über das Vermögen des persönlich haftenden Gesellschafters einer protokollirten Handelsgesellschaft eröffnet werden soll, über deren Vermögen der Concurs eröffnet wird (§ 199 C.O.). Diese Ausnahme ist insoweit nur eine scheinbare, als die Gesellschaftsgläubiger nach Art. 112 H.G.B. und § 201 C.O. ja auch persönliche Gläubiger des persönlich haftenden Gesellschafters sind.

§ 18. Hinreichendes Concursvermögen.

I. Zweck des Concursverfahrens ist die möglichste und möglichst gleichmässige Befriedigung der Concursgläubiger. Begreiflicher Weise ist dieses Verfahren sowohl für die einzelnen Gläubiger wie für ihre Gesammtheit und für den Schuldner mit Kosten verbunden. Jene der Gesammtheit der Gläubiger und des Schuldners nun sind aus dem Concursvermögen (in der Regel) zu befriedigen.

Wenn das Concursvermögen geradewegs nur zur Deckung dieser Kosten ausreicht, ist das Verfahren schon unnöthig gewesen; wenn es nicht einmal dazu hinreicht, ist es schädlich. Um diesen Schaden zu vermeiden, ist ein doppelter Weg denkbar; entweder es kann die Concurseröffnung in solchen Fällen untersagt werden, wie dies in analoger Weise im § 4 des Ges. v. 10. Juni 1887 R.G.B. No. 74 (Executionsnovelle) für die Execution beweglicher Sachen vorgeschrieben ist; oder man macht die Concurseröffnung davon abhängig, dass der betreibende Gläubiger für die Kosten des Verfahrens die Caution übernehme. Beide Wege hat die Gesetzgebung, und zwar den ersten als Regel, den zweiten als Ausnahme, beschritten, damit immer nur auf so viel Vermögen Rücksicht neh-

---

[5]) Es kann auch ein Anfechtungsanspruch sein, welcher erst durch die Concurseröffnung entsteht; Steinbach S. 169; a. M. Gl.U. 10483.

[6]) § 2 des cit. Ges. sagt undeutlich, der „Richter" bestimme die Caution.

mend, als zur Deckung der Kosten des Verfahrens erforderlich ist; ob für die Concursgläubiger eine wenigstens theilweise Befriedigung erwartet werden kann, bildet keinen Theil der Erwägung.[1])

II. Die Regel findet ihre Normirung im § 66 C.O. Wenn das Concursvermögen zu gering ist, um die Kosten der Concursverhandlung zu decken, so hat die Concurseröffnung nicht zu erfolgen.

Die Feststellung des Vermögensstandes obliegt nicht dem betreibenden Gläubiger,[2]) sondern erfolgt von Amtswegen, z. B. durch Einsichtnahme in die Pfändungsprotokolle, Einvernahme des Gläubigers, des Schuldners, Einsichtnahme in das Vermögensverzeichniss, in die Bilanz oder die Handelsbücher. Diese Feststellung darf nicht zu einer Inventirung und Schätzung der Activen ausarten, sondern hat sich mit einem prima facie zu erlangenden Ergebnisse zu begnügen. So genügt es, wenn sie zureichende Anhaltspunkte für weitere Nachforschungen nach einem schuldnerischen Vermögen ergiebt.[3]) Ein Mittel zur Feststellung ist im § 66 C.O. ausdrücklich genannt; es ist der Eid des Schuldners (resp. im Nachlassconcurse des oder der Erben),[4]) der nur ein nicht zur Deckung der Kosten des Verfahrens hinreichendes oder gar kein Vermögen angegeben hat, obwohl er hiezu aufgefordert war.[5]) Da hat ihn das Gericht auf Antrag eines andringenden Gläubigers ohne Zulassung eines contradictorischen Vorverfahrens dazu zu verhalten, dass er (allenfalls sofort) beschwöre, nichts von seinem Vermögen verschwiegen zu haben; leistet der Schuldner den Eid nicht, so ist die Anzeige an die Staatsanwaltschaft behufs Beurtheilung nach § 199 lit. f St.G. zu erstatten.[6])

Ergiebt diese Feststellung ein Vermögen, welches zur Deckung der Kosten des Verfahrens hinreicht, so ist der Concurs zu eröffnen, u. z. auch dann, wenn eine Quote für die Concursgläubiger voraussichtlich nicht erzielt werden wird. Selbstverständlich ist, dass

---

[1]) Schwarz S. 48 ff. versucht den § 66 C.O. auf diese Erwägung zu basiren, und erklärt ihn mit Berufung auf die §§ 1293 und 1295 a.b.G.B. für überflüssig. Vgl. Gl.U. No. 11134.

[2]) Gl.U. No. 3531, 3761.

[3]) Gl.U. No. 4209, 9550. Vgl. auch Gl.U. No. 5839.

[4]) Gl.U. No. 9946.

[5]) Gl.U. No. 3513, 3841, 4849, 4591; entg. No. 4496.

[6]) Eine Pressionshaft, wie bei andern Manifestationseiden, ist nicht zulässig.

nur das Concursvermögen in Betracht zu ziehen ist, daher weder das im Auslande befindliche unbewegliche Vermögen (§ 61 C.O.) des Schuldners, noch jenes im Inlande befindliche Vermögen desselben, welches nicht in den Concurs fällt (§ 1 C.O.), z. B. sein Gehalt bis 800 fl. ö. W. jährlich, oder die im § 2 des Ges. vom 10. Juni 1887 R.G.B. No. 74 genannten Gegenstände.

Wie viel Concursvermögen vorhanden sein muss, damit die Kosten des Verfahrens gedeckt erscheinen, das ist quaestio facti und vom Gericht nach sorgfältigem Ermessen zu entscheiden. Es ist nicht erforderlich, dass die Kosten eines längeren und complicirten Verfahrens gedeckt erscheinen; denn der Concurs kann nach § 154 C.O. ohnedies an jedem Tag aufgehoben werden, an welchem das Vermögen die Kosten nicht mehr deckt.

III. Reicht das Concursvermögen nicht zu dem erörterten Zweck hin, so darf eine Concurseröffnung nicht stattfinden. Dem Gläubiger, welcher die Concurseröffnung betreibt, darf nicht aufgetragen werden, einen Kostenvorschuss zu leisten;[7]) ja selbst wenn er hiezu bereit wäre, ist auf dieses nutzlose Anerbieten nicht einzugehen und der Concurs nicht zu eröffnen.[8])

Von dieser Regel bildet § 2 des Ges. v. 16. März 1884 R.G.B. No. 35 eine Ausnahme. Wenn das Concursvermögen nicht hinreichen würde, um die Kosten des Verfahrens zu decken, aber das Vorhandensein eines Anfechtungsanspruches vom betreibenden Gläubiger glaubhaft gemacht wird, hat die Concurseröffnung, allenfalls gegen Leistung einer Caution für die Kosten des Verfahrens, zu erfolgen. (Siehe § 17 III a.)

IV. Das Concursgericht kann im Irrthum über das Concursvermögen eine Concurseröffnung beschlossen haben, obwohl nicht das hinreichende Vermögen vorhanden ist. Dann ist der Concurs giltig eröffnet, aber nach § 154 C.O. aufzuheben.

Die betreibenden Gläubiger trifft auch in diesem Fall keine Kostenersatzpflicht,[9]) ja es dürfen bei denselben die Kosten des Verfahrens selbst dann nicht beigetrieben werden, wenn sie ihnen

---

[7]) J.B. No. 71; Gl.U. No. 4033, 4058, 5513, 5267, 7274, 7873; entg. die frühere Praxis Gl.U. No. 3761, 4209, 5171. Wie Text Schwarz S. 50; Kissling S. 139; Dr. F. H. in G.H. 1871 S. 97 f.; entg. Anthofer in G.H. 1869 No. 49.

[8]) Entg. die auffallende Entsch. bei Nowak Slg. III No. 313 u. § 87 ung. C.O.

[9]) Schwarz S. 50; Gl.U. No. 9614, 10452, 11926, 14015.

auch schon aufgetragen wären.[10]) Ob der Schuldner für diese Kosten verhaftet bleibt, wird im § 28 ff. erörtert. Ob Schadenersatzansprüche durch eine objectiv ungerechtfertigte Concurseröffnung entstehen, bestimmt das bürgerliche Recht und das Syndicatsgesetz.

II. Das Verfahren.

§ 19.

I. Von einem Eröffnungsverfahren kann in allen Fällen gesprochen werden, weil dasselbe immer zulässig, wenn auch nicht immer geboten ist.

Stets ist es ein officioses Verfahren[1]) mit allen Consequenzen dieses Grundsatzes (s. § 6).

II. Es beginnt mit dem Antrage auf Concurseröffnung nach den §§ 62—64 C.O., mit der Anzeige nach § 194, 198 C.O., oder der eigenen Kenntnissnahme des Gerichtes nach § 199 C.O.

Antrag und Anzeige, mögen sie schriftlich oder zu Protokoll angebracht sein, gehen durch das Einreichungsprotokoll des Gerichtshofes, werden einem Referenten zur Bearbeitung zugewiesen und der Beschlussfassung eines Senates unterzogen. Nach § 7 J.N. besteht der Senat aus drei Stimmführern, u. z. stets aus drei rechtsgelehrten Richtern.

Die Beschlüsse des Concurseröffnungsverfahrens ergehen insgesammt in Form von motivirten Bescheiden (§ 65 C.O.), die Concurseröffnung wird überdies nach § 69 C.O. an demselben Tage mittelst Concursedictes bekannt gemacht, an welchem sie vom Senate beschlossen wurde.

Gegen die Bescheide des Eröffnungsverfahrens stehen die Rechtsmittel des Verfahrens ausser Streitsachen mit Ausnahme der Vorstellung offen (§ 65 C.O.), also der Recurs und (in allen Fällen) der (ordentliche oder ausserordentliche) Revisionsrecurs; Anwaltszwang besteht, wie im Verfahren ausser Streitsachen überhaupt, so auch für diese Rechtsmittel nicht.[2]) Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, aus welchem Grunde immer, kennt das Concurs-

---

[10]) Gl. U. No. 4479.

[1]) Früher waren Theorie und Praxis anderer Meinung: Anthofer in G.H. 1869 No. 49, 99; Anonymus, Ob das Concursrecht zum Verfahren ausser Streitsachen gehört? in J.Bl. 1880 S. 432 f.; Gl. U. No. 6199; 5171.

[2]) A. M. Gl. U. 5823.



eröffnungsverfahren nicht[3]) (§ 256 C.O.). Kein Rechtsmittel hat aufschiebende Wirkung.

Legitimirt zur Einlegung von Rechtsmitteln sind nur jene Personen, welche am Eröffnungsverfahren sich betheiligt haben, daher z. B. nicht ein Gläubiger, welcher nicht selbst einen Antrag auf Eröffnung des Verfahrens gestellt hat.[4])

Zur Entscheidung berufen ist in zweiter Instanz das Oberlandesgericht, und in dritter Instanz der oberste Gerichtshof in Senaten von vier, resp. sechs Votanten und einem Vorsitzenden. (§ 8 J.N., § 18 des kais. Pat. v. 7. August 1850 R.G.B. No. 325.)

III. Das Verfahren erster Instanz ist, soweit die Parteien in Frage kommen, regelmässig ein Protokollarverfahren; insbesondere in den Fällen der §§ 63 und 64 C.O. ist die Anordnung einer Tagfahrt zur Einvernehmung des Schuldners vorgeschrieben. Allein schon mit Rücksicht auf die officiose Natur des Verfahrens muss jede Erklärung der Partei berücksichtigt werden, auch wenn sie nicht zu Protokoll gegeben ist, sondern mittelst schriftlicher Eingabe dem Gericht mitgetheilt wird.[5])

Ein Zwang zum Erscheinen bei Gericht im Sinne des § 19 des kais. Pat. v. 9. August 1854 R.G.B. No. 208 und des § 192 Ger.-Instr. ist gegenüber dem Gläubiger und dem Schuldner unzulässig im Falle der §§ 63 und 64 C.O., weil das Gesetz selbst andere Rechtsfolgen an das Ausbleiben knüpft[6]) (vgl. § 15 II); in allen anderen Fällen (namentlich zur Eidesablegung) kann das Erscheinen der vorgeladenen Parteien durch angemessene Zwangsmittel, namentlich durch Geldstrafen erzwungen werden.

Gegen Zeugen und Sachverständige findet der Zeugnisszwang immer statt.

Das Protokollarverfahren kann seine Ergänzung durch schrift-

---

[3]) Kaserer S. 171; K. in Jur.Bl. 1889 S. 4 f.; Gl.U. No. 9631, 10784; entg. E. 27. Januar 1888 Jur.Bl. 1889 S. 5; Ung. C.O. § 77; s. oben § 9.

[4]) Gl.U. No. 7607, 10409. Auch nicht die Actionäre einer Actiengeschaft, deren Vorstand den Concursantrag gestellt hat; Adler-Clemens No. 1200.

[5]) Gl.U. No. 11691.

[6]) Die Ladung an den Schuldner darf die Androhung nicht enthalten, dass im Ausbleibensfalle der Concurs eröffnet wird (Gl. U. No. 3501), — schon deshalb, weil diese Androhung nicht immer ausgeführt werden kann.



liche Acte (z. B. Berichte anderer Gerichte an das angerufene Gericht, nicht auch an die Parteien[7]) jederzeit finden.

IV. Sicherstellungsmittel, welche durch das Eröffnungsverfahren hervorgerufen werden würden, kennt das Concursrecht nicht.

III. Beendigung des Eröffnungsverfahrens.

§ 20. Allgemeines.[1])

Die Beendigung des Eröffnungsverfahrens kann in dreierlei Art erfolgen:

1. durch Zurücknahme des Concursantrages; dies nur in den Fällen, in welchen die Concurseröffnung von dem Concursantrage abhängig ist,

2. durch Ablehnung der Concurseröffnung wegen Mangels von Voraussetzungen derselben, u. z. ohne Rücksicht darauf, ob die Concurseröffnung beantragt war, und dieser Antrag zurückgewiesen wird, oder ob nach §§ 194, 198 und 199 C.O. ohne Antrag das Eröffnungsverfahren stattgefunden hat.

3. durch Concurseröffnung.

In allen drei Fällen ergeht ein gerichtlicher Bescheid (siehe § 19 III), welcher für das Gericht unwiderruflich wird durch Schluss jener Sitzung des Senates, in welcher er gefasst wurde (§ 171 Ger.Instr.), und gegen den die im § 65 C.O. genannten Rechtsmittel offen stehen.

Im Falle der Concurseröffnung ergehen ausser dem Bescheide, mit welchem die Concurseröffnung erfolgt, noch gleichzeitig eine Anzahl anderer gerichtlicher Verfügungen (siehe § 23) ohne Antrag (§§ 67, 68, 70 C.O.).

§ 21. Zurücknahme des Antrages.

I. Die Concursordnung spricht nicht von der Zurücknahme des Concurseröffnungsantrages. Ihre Zulässigkeit[1]) ergiebt sich aus dem allgemeinen Grundsatze, dass im Verfahren ausser Streitsachen die Zurücknahme gestellter Anträge zulässig ist, insoferne noch Niemand einen Anspruch aus demselben erworben hat, und inso-

[7]) Gl.U. No. 5220, 6865, 7204.

[1]) Endemann S. 87 ff.

[1]) Sie ist herrschende Lehre: vgl. § 14 Anm. 4.

lange sie nicht vom Gerichte bereits erledigt sind. Dagegen ist nach allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechtes ein Vertrag zwischen dem betreibenden Gläubiger und dem Schuldner des Inhalts, dass der Gläubiger seinen Concursantrag zurückziehe, unverbindlich.[2])

II. Wer einen Antrag auf Concurseröffnung gestellt hat, darf ihn daher auch zurückziehen, demnach sowohl der Schuldner selbst als sein Erbe, sein Nachlasscurator und sein Gläubiger.

Selbstverständlich ist, dass Jedermann nur seinen Antrag zurückziehen darf; zweifelhaft ist nur, ob bei mehreren Miterben, mehreren vertretungsberechtigten Gesellschaftern einer Handelsgesellschaft Einer den Antrag[3]) des Andern auf Concurseröffnung über das Nachlass- oder Gesellschaftsvermögen zurückziehen dürfe; die Antwort ist bejahend aus den Gründen, die im § 14 III ad 2 entwickelt sind.

III. Die Zurückziehung der Antrages ist insolange zulässig, als die Sitzung nicht geschlossen ist, in welcher die Concurseröffnung beschlossen wurde (§ 171 Ger.Instr.). Später ist die Rückziehung wirkungslos, der eröffnete Concurs ist eröffnet,[4]) und es wird trotz der Rückziehung des Antrages die Concurseröffnung weder rückgängig gemacht, noch auch der Concurs nur aufgehoben (§ 154 C.O.).

Der entscheidende Zeitpunkt ist der Schluss der Sitzung des Senates; ob der Concurseröffnungs-Bescheid schon zugestellt und ob das Concursedict schon angeschlagen ist, erscheint gleichgültig.

IV. Die Zurückziehung des Eröffnungsantrages ist mittelst schriftlichen oder Protokollar-Gesuches dem Gerichte vom Antragsteller bekannt zu geben, und zu beantragen, dass es von der Concurseröffnung sein Abkommen habe.

§ 22. Ablehnung der Concurseröffnung.

I. Die Concurseröffnung hat gewisse, im § 12 II genannte Voraussetzungen: Fähigkeit des Richters, Competenz des Gerichtes,

---

[2]) R. Pollak, Gerichtl. Geständniss S. 50 ff.; vgl. Kohler, Gesammelte Beitr. zum Civilpr. S. 248 ff.

[3]) Eine nach § 194 C.O. erstattete Anzeige kann überhaupt nicht zurückgezogen werden.

[4]) Vgl. Schwarz S. 58; unrichtig Gl.U. No. 6226.

Rechtssubject als Schuldner, Veranlassung zur Einleitung des Verfahrens (Antrag etc.), Gehör des Schuldners, Zahlungsunfähigkeit, Mehrheit von Gläubigern, hinreichendes Vermögen.

Von diesen Voraussetzungen muss die Fähigkeit des Richters hier ausgeschieden werden; denn wenn der Richter nicht fähig ist, an der Beschlussfassung theilzunehmen, so muss er nach § 25 J.N. durch einen anderen Richter ersetzt, die Concurseröffnung darf deshalb nicht abgelehnt werden.

Der Mangel einer der anderen Voraussetzungen der Concurseröffnung hingegen hindert dieselbe, wenn es sich um eine solche Voraussetzung handelt, welche für den betreffenden Fall der Concurseröffnung eine Voraussetzung bildet. Der Mangel des Concursantrages hindert z. B. die Concurseröffnung nicht in den Fällen der §§ 198 und 199 C.O., wohl aber in jenen der §§ 62—64 C.O.; der Mangel der Competenz des Concursgerichtes dagegen z. B. hindert in allen Fällen die Concurseröffnung, weil sie auch für alle Fälle Voraussetzung derselben ist.

II. Der entscheidende Zeitpunkt für die Prüfung, ob die Voraussetzungen der Concurseröffnung vorhanden sind, ist der Schluss der Sitzung des Senates, in welcher über die Concurseröffnung Beschluss gefasst wird.

Fehlen in diesem Zeitpunkte eine oder mehrere Voraussetzungen der Concurseröffnung oder des Verfahrens, so darf dieselbe nicht stattfinden;[1]) ob sie definitiv abzulehnen oder ob der Mangel der Voraussetzung zu beheben ist (ehe an die Concurseröffnung geschritten oder dieselbe definitiv abgelehnt wird), das ist quaestio facti, hängt von der Art der mangelnden Voraussetzung ab. Fehlt z. B. die hinreichende Beglaubigung des Anspruches des betreibenden Gläubigers (§ 198 C.O.), so braucht die Concurseröffnung nicht definitiv abgelehnt zu werden; fehlt das Rechtssubject als Schuldner, so muss dies geschehen.

III. Die Ablehnung der Concurseröffnung erfolgt vom Senate des Concursgerichtes (siehe § 19), u. z. in Form eines mit Entscheidungsgründen versehenen Bescheides, welcher an die Parteien[2]) zu-

[1]) Ist die Concurseröffnung dennoch erfolgt, so ist der Mangel der Voraussetzung regelmässig sanirt; s. § 12.

[2]) Wer im einzelnen Concurseröffnungsverfahren „Partei" (im uneigentlichen Sinne) ist, das ist quaestio facti; selbst der Schuldner gehört nicht immer dazu, so z. B. dann nicht, wenn eine Abweisung des Concursantrages a limine erfolgt.



zustellen, und der formellen Rechtskraft fähig ist. Dagegen ist der Ablehnungsbescheid der materiellen Rechtskraft nicht fähig; d. h. es kann in jedem Augenblicke ein neues Concurseröffnungsverfahren (auch bei gleichem That- und Rechtsbestande) wider denselben Schuldner eingeleitet werden.

Die Ablehnung der Concurseröffnung kann vor der Einleitung des Eröffnungsverfahrens oder nach Durchführung desselben stattfinden. Das Gericht präjudicirt sich auch durch die Einleitung des Verfahrens nicht, und kann die Concurseröffnung trotzdem, z. B. wegen seiner Incompetenz, in der Folge ablehnen.

IV. Ob an die Ablehnung einer Concurseröffnung sich Schadenersatzansprüche des Schuldners wider den betreibenden Gläubiger knüpfen, das ist nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes zu beurtheilen, die in den seltensten Fällen einen solchen Anspruch begründen.

Der Strafanspruch des Staates gegen den Schuldner wegen des in den §§ 199 und 486 St.G. normirten Delictes der sog. betrügerischen und leichtsinnigen Crida ist begründet, wenn auch eine Concurseröffnung abgelehnt wird, dann, wenn diese Ablehnung wegen Geringfügigkeit des Concursvermögens oder weil nur ein persönlicher Gläubiger vorhanden ist, erfolgt (§ 85 Str.Pr.O.). Auch im Falle eine solchen ablehnenden Bescheides ist daher vom Civilgerichte die Staatsanwaltschaft zu verständigen.

§ 23. Die Concurseröffnung.

I. Die Concurseröffnung erfolgt mittelst Bescheides durch den Beschluss eines Senates des Concursgerichtes. Der Bescheid ist im Sinne des § 65 C.O. stets zu begründen, und die Gründe sind auch hinauszugeben.

Der Eröffnungsbescheid[1]) ist kein declarativer Act, wie ein civilgerichtliches Urtheil, sondern ein constitutiver Act: er schafft unabhängig von den Voraussetzungen der Concurseröffnung und für alle Personen das Concursverfahren. Wie jeder Bescheid

[1]) In der deutschen C.O. heisst er Eröffnungsbeschluss: § 100 dtsch. C.O.; über ihn Oetker, Concursrechtliche Fragen (in Festschrift der Rostocker Juristenfacultät für Windscheid) S. 1—31; Petersen-Kleinfeller, Comm. S. 372 f.; gemeinrechtlich hiess er decretum de aperiundo concursu.

des Eröffnungsverfahrens ist er durch jene Personen mittelst Recurses und Revisionsrecurses anfechtbar, welche am Eröffnungsverfahren theilgenommen haben oder theilzunehmen hatten; der Schuldner hat in allen Fällen das Recursrecht.

II. Die Concurseröffnung erfolgt regelmässig unbedingt, in einem Falle scheinbar bedingt. Der Ausnahmsfall ist im § 2 des Ges. v. 16. März 1884 R.G.B. No. 35 geregelt, für den Fall, dass zwar kein hinreichendes Concursvermögen oder nur ein persönlicher Gläubiger vorhanden ist, wohl aber vom betreibenden Gläubiger das Vorhandensein eines Anfechtungsanspruches glaubhaft gemacht wird. Für diesen Fall kann bedingt eine Concurseröffnung erfolgen, bedingt dadurch, dass der betreibende Gläubiger eine Caution für die Kosten des Concursverfahrens in einer vom Gerichte bestimmten Höhe leiste. Die Concurseröffnung selbst erfolgt jedoch erst gegen den Ausweis der erfolgten Cautionsbestellung; erst zu diesem Zeitpunkt sind dann auch die weiteren Verfügungen zu erlassen, welche die Concurseröffnung nach sich zieht (z. B. die Anschlagung des Edicts, Bestellung des Concurscommissärs).

Diese bedingte Concurseröffnung ist jedoch so viel als möglich zu vermeiden, weil sie einen für alle Theile unbehaglichen Schwebezustand schafft. Darum gestattet das Gesetz auch im Falle des § 2 des Ges. vom 16. März 1884 R.G.B. No. 35, und gebietet in allen anderen Fällen die unbedingte Concurseröffnung. Kann in den letzgenannten Fällen eine Concurseröffnung nicht unbedingt erfolgen, so hat sie ganz zu unterbleiben. Es ist namentlich, wie der oberste Gerichtshof in einem Gutachten ausführte,[2]) nicht zulässig, die Concurseröffnung von einer, vom betreibenden Gläubiger für die Kosten des Verfahrens zu leistenden Sicherstellung abhängig zu machen; ebensowenig darf die Concurseröffnung an eine andere Bedingung geknüpft werden.

III. Die Concurseröffnung zieht nachstehende gleichzeitige Verfügungen mit sich:

a) die Bestellung eines Concurscommissärs (§§ 70, 72 C.O.); sie erfolgt regelmässig im Concurseröffnungsbeschlusse selbst;

b) die Bestellung eines einstweiligen Masseverwalters (§ 73 C.O.), nicht auch eines Stellvertreters desselben.[3])

---

[2]) Jud.B. No. 71; ebenso Gl.U. No. 4033, 4058, 5513, 5267, 7274; entg. Anthofer in G.H. 1869 No. 49; Gl.U. No. 3761, 4209, 5171.

[3]) Kaserer, Aus der Praxis in Concurssachen, in Ger.Ztg. 1869 S. 401 ff.

c) Die Anordnung einer Tagfahrt zur Erstattung eines Vorschlages für die Stellen des Masseverwalters und seines Stellvertreters,[4]) und zur Wahl eines Gläubigerausschusses durch die — präsumptiven — Concursgläubiger (§ 67 C.O.); diese sog. Wahltagfahrt ist auf spätestens 14 Tage nach der Concurseröffnung anzuordnen;

d) die Bestimmung einer Anmeldungsfrist für die Concursgläubiger (§§ 104, 105 C.O.);

e) die Anordnung einer Liquidirungstagfahrt zur Prüfung der angemeldeten Ansprüche der concurrirenden Gläubiger (§§ 67, 114 ff. C.O.);

f) die Verständigung der Post- und Telegraphenanstalten, allenfalls auch der Bahnverwaltungen,[5]) von der erfolgten Concurseröffnung, damit die an den Gemeinschuldner addressirten Sendungen dem Masseverwalter ausgehändigt werden (§ 89 C.O.);

g) die Veranlassung der Inventirung der Masse nach den Vorschriften des Verfahrens ausser Streitsachen durch den Concurscommissär oder einen andern Abgeordneten des Gerichtes[6]) (§ 86 C.O.);

h) (eventuell) der Beschluss über die Verhaftung des Gemeinschuldners wegen Fluchtverdachts (§ 98 C.O.);

i) die Verständigung der nach den Vorschriften der Strafprocessordnung zuständigen Staatsanwaltschaft, d. i. der Staatsanwaltschaft an jenem Gerichtshof erster Instanz, in dessen Sprengel der Gemeinschuldner seinen Wohnsitz hat[7]) (§ 85 St.P.O.);

k) (eventuell) die Verständigung der Advokatenkammer, wenn ein Advokat (§ 1 b Adv. Ordng.), der Notariatskammer, wenn ein Notar (§ 6, 165 Not. Ordng.) in Concurs verfällt; des Gerichtes, bei welchem ein in Concurs verfallener Richter (§ 4 Ger.Instr.) oder Kanzleibeamter oder Diener (§ 79 Ger.Instr.) angestellt ist; der sonstigen Staats- oder Landesbehörde, bei welcher ein in Concurs verfallener Staatsbeamter oder Diener angestellt ist (kais. Vdg. v. 10. März 1860 R.G.B. No. 64 § 9); des Gewerbegerichtes, bei welchem ein Cridatar als Mitglied fungirt (G. v. 14. Mai 1869 R.G.B.

---

[4]) Nowak in Ger.Ztg. 1870 No. 15 ff.; Beisser i. e. l. 1893 No. 45; Alfr. Pollak in Jur Bl. 1893 No. 52 f.

[5]) Gl.U. No. 5971.

[6]) Regelmässiger Weise wird ein Notar mit der Inventirung betraut.

[7]) Entsch. des Cass.Hof. Sl. 487 u. v. 28. Oktober 1882 Z. 9751.

No. 63 §§ 9, 26); der Börse, bei welcher ein Cridatar als Handelsmäkler angestellt ist (Art. 84 c H.G.);

l) (eventuell) die Verständigung jener Corporationen, bei welchen der Cridatar ein politisches oder Ehrenamt bekleidet, welches er während der Dauer des Concurses nicht bekleiden darf, also z. B. des Reichsrathes, Landtages, der Gemeindevertretung, der Handelskammer, der Gewerbegenossenschaft.

Die sub k und l genannten Verständigungen sind zwar nicht imperativ vorgeschrieben; ihre Nothwendigkeit ergiebt sich aber aus § 25 C.O.;

m) die Anmerkung im Handelsregister bei kaufmännischen Concursen (§ 204 C.O.) und im Genossenschaftsregister bei Concursen über das Vermögen von Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften (§ 5 der Min.Vdg. v. 14. Mai 1873 R.G.B. No. 71);

n) die Erlassung des Concursedictes[7a]) (§ 67 C.O.); dasselbe hat zu enthalten:

1. die Bezeichnung des Concursgerichtes;

2. die genaue Bezeichnung des Gemeinschuldners; bei protokollirten Einzelfirmen z. B. ist sowohl die Firma als auch der volle bürgerliche Name des Firmenträgers (§ 202 C.O.), bei protokollirten Handelsgesellschaften nebst der Firma und dem Geschäftssitze auch die genaue Bezeichnung eines jeden persönlich haftenden Gesellschafters (§ 203 C.O.) anzugeben;

3. die Bezeichnung und den Amtssitz des Concurscommissärs (§§ 70, 72 C.O.);

4. die Bezeichnung des einstweiligen Masseverwalters;

5. die Anordnung der sog. Wahltagfahrt (siehe oben III c);

6. die Anordnung der Liquidirungstagfahrt (siehe oben III e);

7. die Bekanntgabe des bei der Liquidirungstagfahrt den erschienenen und stimmberechtigten Gläubigern zustehenden Vorschlagsrechtes für die Stellen des Masseverwalters, seines Stellvertreters und des Wahlrechts für die Stellen des Gläubigerausschusses (§ 67 Z. 6 C.O.);

8. die Bekanntgabe der öffentlichen Blätter, welche zu Publicationen im Laufe des Concursverfahrens werden benützt werden.

Das Concursedict kann enthalten:

1. die Ausmessung der Anmeldungsfrist; sie kann auch später erfolgen;

[7a]) „Edicte“ im österr. Rechtsl. II S. 191 ff.

2. die Anordnung einer Vergleichstagfahrt, wenn die Aussicht vorhanden ist, dass sämmtliche concurrirende Gläubiger in eine verhältnissmässige Theilung der Concursmasse ohne förmliche Concursverhandlung einwilligen. Dies soll namentlich dann geschehen, wenn voraussichtlich die mit einem zweifellosen Vorrechte versehenen Ansprüche die ganze Masse erschöpfen, oder wenn ein geringfügiger Activstand vorhanden ist (der durch die Kosten des Verfahrens aufgezehrt würde), oder wenn das Activum aus beweglichen, leicht veräusserlichen Sachen besteht (§ 68 C.O.); die Anordnung der Vergleichstagfahrt ist aber auch in anderen Fällen zulässig.

Diese Vergleichstagfahrt, welche genau zu unterscheiden ist von Tagfahrten im Zwangsausgleichverfahren, darf nicht vor dem Ablauf der Anmeldungsfrist stattfinden (§ 69 C.O.).

IV. Die Rücksicht auf die reiche Entwicklung und Fortführung von Rechtsverhältnissen, welche ein Concursverfahren mit sich bringt, hat schon dazu geführt, dasselbe von der schwankenden Grundlage seiner Voraussetzungen fast ganz unabhängig zu machen (s. § 12). Dieselbe Rücksicht verlangt einen bestimmten, schnell eintretenden Zeitpunkt für den Beginn des Verfahrens.

Die Wirkung der Concurseröffnung und der gleichzeitig mit derselben erlassenen gerichtlichen Verfügungen hängt darum nicht von der Zustellung oder gar der Rechtskraft des Concurseröffnungsbescheides ab (§§ 2, 254 C.O.), sondern ist geknüpft an den Anschlag des Concursedicts an der Gerichtstafel, u. z. derart, dass die Wirkungen mit dem Beginne desjenigen Tages eintreten, in dessen Lauf der Anschlag des Edictes an der Gerichtstafel erfolgt. Der Tag beginnt mit der Mitternachtsstunde; das Concursedict enthält keine Stundenangabe. Alle Handlungen und Unterlassungen der Concursgläubiger, des Gemeinschuldners und dritter Personen, welche nach dieser Mitternachtsstunde, wenn auch vor dem Anschlage des Concursedictes vorgefallen sind, werden danach behandelt, als ob der Concurs schon eröffnet gewesen wäre.

Das Gesetz fingirt demnach eine Anfangsstunde des Concursverfahrens, um allen Zweifeln und Streitigkeiten zu begegnen, welche bei einer minder präcisen und für alle Concurse gleichmässigen Normirung der Anfangsstunde entstehen könnten. Amtspflicht des Gerichtes ist es, dafür zu sorgen, dass dieses Intervall zwischen dem fingirten und dem wirklichen Beginne möglichst ge-

ring sei,[8]) das Concursedict nicht nur an demselben Tage, an welchem das Gericht die Eröffnung des Concurses beschlossen hat, sondern ohne Verzug ausgefertigt und an der Gerichtstafel angeschlagen werde (§ 69 C.O.).

V. Die rechtlichen Wirkungen des Concursverfahrens sind an diesen Anschlag geknüpft und werden durch einen Recurs nicht gehemmt; ist der Anschlag erfolgt, so kann sich diesen Wirkungen Niemand durch den Nachweis entziehen, ihm sei die Concurseröffnung oder der Anschlag des Concursedictes an der Gerichtstafel unbekannt geblieben.[9]) Es ist allerdings möglich, dass diese Unkenntniss völlig unverschuldet ist und dem Betreffenden oder der Concursmasse zu grossem Nachtheile gereicht; dennoch kann sie bei der präcisen und durch das Erforderniss der Rechtssicherheit gerechtfertigten Vorschrift des § 2 C.O. nicht berücksichtigt werden (die Ausnahmen s. Anm. 9).

Aber wenn schon die Wirkung der Concurseröffnung sich nicht danach richtet, ob sie überhaupt oder dem Einzelnen bekannt sei, so sorgt das Gesetz doch dafür, dass sie leicht bekannt werden könne.

Nebst dem Anschlag des Concursedictes an der Gerichtstafel des Concursgerichtes, und wenn ein Bezirksrichter zum Concurscommissär bestellt wird, an der Amtstafel des Bezirksgerichtes (§ 72 C.O.) findet darum dessen dreimalige Einschaltung in die zu gerichtlichen Kundmachungen bestimmten Zeitungsblätter[10]) des betreffenden Kronlandes, u. z. mit thunlichster Beschleunigung statt; nach Ermessen des Gerichtes kann diese Publication auch in den Zeitungen anderer Kronländer und auch des Auslandes erfolgen, wenn zu vermuthen ist, dass sich daselbst Concursgläubiger befinden oder dass daselbst Concursvermögen vorhanden sei (§ 69 C.O.). Bei Concursen über die in den §§ 202 und 203 C.O. genannten Personen ist das Edict auch an der Börse anzuschlagen, wenn am

---

[8]) Vgl. Gl.U. No. 3910; Kissling S. 17.

[9]) Eine Ausnahme besteht für die österr.-ung. Bank; diese haftet für den Schaden nicht, der der Concursmasse daraus entsteht, dass die Bank von der Eröffnung des Concurses über das Vermögen einer Person nicht verständigt worden, welche bei ihr Gelder liegen hat (Art. 97 der Statuten, Ges. v. 21. Mai 1887 R.G.B. No. 51); eine zweite Ausnahme ist im § 3 al. 2 C.O. normirt; s. § 29 VII.

[10]) Vgl. § 254 C.O., § 11 des Einf.Ges. z. H.G.; J.M.E. v. 16. October 1856 R.G.B. No. 185; v. 22. Juni 1869 Z. 7614.

Gerichtsorte eine solche sich befindet (§ 202 C.O.), u. z. ohne Rücksicht darauf, ob die Concurseröffnung wegen Zahlungseinstellung oder nach den §§ 62—64 C.O. erfolgte. Die Eröffnung des Concurses über das Vermögen eines protokollirten Kaufmannes, einer protokollirten Handelsgesellschaft, eines persönlich haftenden Gesellschafters einer solchen, und des Commanditisten einer Commanditgesellschaft ist von Amtswegen im Handelsregister anzumerken,[11]) jene über das Vermögen einer Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft in das Genossenschaftsregister[12]) von Amtswegen einzutragen. Desgleichen hat die Verständigung der Bergbehörde zu erfolgen, wenn ein Bergbauunternehmer,[13]) und jene der vorgesetzten Militärbehörde, wenn eine Militärperson in Concurs geräth.[14]) Ferner haben die sub III f, i, k, l genannten Verständigungen, endlich die Verständigung der österreichisch-ungarischen Bank, u. z. diese dann stattzufinden, wenn über den Eigenthümer von bei ihr erliegenden Geldern der Concurs eröffnet wird. (Art. 97 der Statuten.)

Alle diese Verfügungen sind Amtspflicht des Gerichtes; die letztgenannten durch das Gericht zu veranlassen ist die Pflicht des Masseverwalters.

Eine Verständigung der einzelnen Concursgläubiger von der Concurseröffnung ist nicht vorgeschrieben, weil sie zur Zeit der Concurseröffnung nicht thunlich ist, und die eben genannten Verständigungen als genügend für die Verbreituug der Kenntniss von der Concurseröffnung angesehen werden. Doch sind von der Vergleichstagfahrt und der Anmeldungsfrist alle muthmasslichen Gläubiger zu verständigen, wenn auch an diese Vorschrift keine Sanction geknüpft ist (§ 254 C.O.).

VI. Die Wirkung der Concurseröffnung trifft sowohl die Gläubiger (nicht bloss die Concursgläubiger), als den Gemeinschuldner,[15]) als auch dritte Personen.

---

[11]) § 14 Einf.G.z.H.G. (bei Manz VI I S. 441 ungenau abgedruckt); der Publication dieser Anmerkung bedarf es mit Rücksicht auf das Concursedict nicht.

[12]) § 5 der Min.Vdg. v. 14. Mai 1873 R.G.B. No. 71; der Publication bedarf es nicht.

[13]) § 189 Berggesetz.

[14]) § 12 des Ges. v. 20. Mai 1869 R.G.B. No. 78.

[15]) Vgl. v. Canstein in Grünhut's Ztschr. IX S. 481 ff.; Schwarz S. 64 ff.

Den Gemeinschuldner treffen sowohl Wirkungen in Rücksicht seiner Person, welche vielfach in Bezug auf bürgerliche, politische und Ehrenrechte beschränkt wird (§§ 25, 96 ff. C.O.), als auch in Rücksicht seines Vermögens, über welches er, soweit es in das Concursverfahren fällt, die freie Verfügung verliert (§ 1 C.O.).

Die Gläubiger werden durch den Concurs nicht in ihrer Person, sondern nur in ihrem Vermögen getroffen. Vor allem wird ihr Concursantrag consumirt durch die auf einen anderen Antrag hin erfolgte Concurseröffnung.[16]) Dann erleiden sie in der Geltendmachung ihrer vermögensrechtlichen Ansprüche zum Theile Einschränkungen im Interesse aller übrigen Concursgläubiger, indem gewisse Mittel zur Durchführung ihrer Ansprüche (z. B. Einzelexecutionen) ihnen während des Concurses genommen sind (z. B. § 11 C.O.); andererseits gewährt ihnen das Concursverfahren wieder Rechte, welche sie ausserhalb des Concurses nicht hatten (z. B. §§ 7, 10, 24, 144 C.O.).

Dritte Personen wurden durch die Concurseröffnung gleichfalls nur in ihren Vermögenrechten getroffen, u. z. hauptsächlich insoweit, als durch die Concurseröffnung Anfechtungsansprüche wider sie entstehen, die ausserhalb des Concurses nicht bestanden.

---

[16]) Nur für den Fall, dass der Beschluss auf Concurseröffnung im Rechtsmittelzuge wegen eines Mangels im Concursantrag aufgehoben würde, kommen die anderen Anträge wieder zur Geltung.

III. Capitel.

Die richterliche Behörde.

§ 24. Das Concursgericht: Competenz.

I. Die C.O. verwendet den Ausdruck „Concursgericht“ in zweifachem Sinne, a) zur Bezeichnung des Gerichtes, b) zu jener des zur Beschlussfassung im einzelnen Falle berufenen Senates. Zweifel können aus diesem zweifachen Gebrauche des terminus nicht entstehen; darum ist er auch in dieser Schrift beibehalten.

II. Concursgericht ist immer ein Gerichtshof, also ein Landes-, Kreis- oder Handelsgericht, niemals ein Bezirksgericht; auch dann, wenn zum Concurscommissär ein Bezirksrichter bestellt wird (§ 72 C.O.), bleibt der Gerichtshof Concursgericht.

Der Grund dafür, dass die Concursverhandlung den Gerichtshöfen vorbehalten bleibt, wird — ob mit Recht, bleibt dahingestellt[1]) — darin gefunden, dass „die zweckmässige Leitung einer Concursverhandlung zu den allerwichtigsten und schwierigsten Aufgaben gehört, womit ein Gericht überhaupt betraut werden kann .... Ausserdem kommen Concurse in grösserer Zahl ohnehin nur in Städten vor, wo ein Gerichtshof sich befindet .... Endlich wird die Sicherheit und Raschheit der Durchführung der Concursverhandlung entschieden dadurch gefördert, dass die Concursbehörde zugleich als Erkenntnissinstanz in den im Concurse vorkommenden streitigen Rechtssachen fungirt, was in vollem Umfange nur dann

---

[1]) Die deutsche C.O. § 64 betraut ausschliesslich Amtsgerichte (= Bezirksgerichte) mit der Concursverhandlung; ähnlich früher (vor 1868) die alte Jur.Norm § 73.

zu erzielen ist, wenn die Concursleitung einem Collegialgerichte zufällt, weil nur ein solches ohne Bedenken auch zur Generalinstanz in Sachen des streitigen Richteramtes erhoben werden kann."[2])

III. Competenzgrund in örtlicher Beziehung ist grundsätzlich der ordentliche Wohnsitz (nicht die Staatsangehörigkeit) des Gemeinschuldners (§ 58 C.O.). Welcher Ort als der Wohnsitz eines Gemeinschuldners (sei er eine physische oder juristische Person) anzusehen ist, bestimmen die §§ 66—75 Jur.Norm. Hat ein Gemeinschuldner mehrere Wohnsitze, so ist jeder der örtlich zuständigen Gerichtshöfe als Concursgericht competent, und es entscheidet die Prävention. Aufenthalt ist kein Competenzgrund.[3])

Bei protokollirten Kaufleuten und protokollirten Handelsgesellschaften tritt an die Stelle des (bürgerlichen) Wohnsitzes der Sitz des Geschäftes, d. i. der Ort, an welchem das Handelsgeschäft als Hauptniederlassung im Handelsregister eingetragen ist.[4]) Voraussetzung hiebei ist, dass der Gemeinschuldner protokollirt ist oder war; lässt § 191 C.O. es noch zweifelhaft, ob auch bei Handelsgesellschaften (nicht bloss bei Einzelkaufleuten) die Protokollirung Voraussetzung ist, so ergiebt sich dies mit Bestimmtheit aus § 208a und § 246a C.O.

Mehrere Hauptniederlassungen concurriren wie mehrere Wohnsitze mit einander. Dagegen ist der Gerichtshof, in dessen Sprengel eine Zweigniederlassung protokollirt ist, zur Concursverhandlung über das Vermögen des betreffendes Kaufmannes oder der betreffenden Handelsgesellschaft nicht competent, mag die Hauptniederlassung im Inlande oder im Auslande sein.[5])

Der Competenzgrund der Protokollirung dauert auch nach Wegfall der Protokollirung fort, insolange die Geschäfte noch abgewickelt werden,[6]) oder insolange die Einantwortung des Nach-

[2]) Motive des Referenten-Entwurfes bei Kaserer S. 111 f.

[3]) Gl.U. 11396.

[4]) § 193 C.O. spricht in undeutlicher Weise vom „Sitz der Handelsgesellschaft" und „Wohnsitz des Kaufmannes."

[5]) A. M. Gl.U. No. 8500. Der Ort der Zweigniederlassung kann allerdings der bürgerliche Wohnsitz des Schuldners sein; dann kann nach §§ 62—64 C.O. eine Concurseröffnung stattfinden.

[6]) Gl. U. 4137, 4840, 6575, 7959, 11134; § 192 C.O. ist undeutlich stylisirt, indem er nur der Liquidation (scil. einer Handelsgesellschaft),

lasses eines protokollirt gewesenen Kaufmannes noch nicht erfolgt ist (§ 192 C.O.). Ferner attrahirt der Competenzgrund der Protokollirung die Competenz zur Concurseröffnung über das Vermögen des persönlich haftenden Gesellschafters einer protokollirten Handelsgesellschaft (§ 199 C.O.) [welche andernfalls dem Gerichtshofe seines Wohnsitzes zusteht], dann, wenn über das Vermögen der protokollirten Handelsgesellschaft Concurs eröffnet wird.[7])

Bei registrirten Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften mit beschränkter und unbeschränkter Haftung ist nach § 12 des Ges. v. 9. April 1873 R.G.B. No. 70 der Sitz der Genossenschaft entscheidend, welcher nach § 5 des citirten Gesetzes im Genossenschaftsvertrage bestimmt sein muss. Die Eintragung erfolgt in das Genossenschaftsregister jenes Gerichtshofes, in dessen Sprengel dieser Sitz ist.

IV. In sachlicher Beziehung bestimmt sich die Competenz nach der Person des Gemeinschuldners.

Regelmässig ist competent das Landes- oder Kreisgericht, in dessen Sprengel der Schuldner seinen Wohnsitz, oder wenn es eine registrirte Genossenschaft ist, den Sitz hat; nach § 13 des Ges. v. 9. April 1873 R.G.B. No. 70 ist über eine reg. Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaft mit unbeschränkter oder beschränkter Haftung der Concurs beim Landes- oder Kreisgericht zu eröffnen, wenn dieselbe nicht gewerbmässig Handelsgeschäfte betreibt, weil die Genossenschaft dann kein Kaufmann ist.[7a]) Selbstredend ist, dass über das Vermögen nicht protokollirter Kaufleute und nicht protokollirter Handelsgesellschaften[8]) die Concursverhandlung beim Landes- oder Kreisgerichte geführt wird.

Die Handelsgerichte[9]) sind nach § 199 C.O. sachlich zuständig zur Concursverhandlung über das Vermögen protokollirter

---

nicht auch der Geschäftsabwicklung eines Einzelkaufmannes ausdrücklich Erwähnung thut.

[7]) Schober in Ger.Ztg. 1877 No. 37; Frankl, Concurs der offenen Handelsgesellschaft S. 49. Wohnt der Gesellschafter im Auslande, so hat § 199 C.O. nicht statt.

[7a]) Entsch. des Verw.Ger. bei Budwinski IV No. 674.

[8]) Gl.U. No. 9065; a. M. Pollitzer, Handelsrecht S. 33; solche sollen nach § 7 des E.G. zum H.G. nicht vorkommen.

[9]) Wo keine selbständigen Handelsgerichte bestehen, treten die mit der Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit betrauten Gerichtshöfe erster

Kaufleute und protokollirter Handelsgesellschaften (auch wenn der Concurs erst während der Geschäftsabwicklung eröffnet wird, § 192 C.O.), ferner der persönlich haftenden Gesellschafter solcher Handelsgesellschaften dann, wenn über das Vermögen der Handelsgesellschaft Concurs verhängt wird (§ 199 C.O.), endlich für registrirte Genossenschaften mit beschränkter und unbeschränkter Haftung, wenn ihr Unternehmen ganz oder theilweise Handelsgeschäfte zum Gegenstand hat[10]) (§ 13 Ger. Ges.). Entscheidend ist die Protokollirung (s. III), nicht der Betrieb eines Handelsgeschäftes.[11])

V. Der sachliche und örtliche Competenzgrund muss vorhanden sein im Zeitpunkt der Concurseröffnung, nicht früher und nicht später. Zwar soll ein Concursantrag a limine abgelehnt werden, der an ein unzuständiges Gericht gestellt wird; ist dies jedoch nicht geschehen (z. B. im Falle einer dem Gericht zweifelhaften Competenz), und der Competenzgrund tritt im Laufe des Eröffnungsverfahrens ein, so genügt dies.

Die Prüfung der Competenz zum Concursverfahren ist nach §§ 41 Jur.Norm eine Amtspflicht des Gerichtes.[12]) Eine Prorogation auf ein bestimmtes Gericht ist nicht zulässig.[13]) Ist ein Concurs bei einem unzuständigen Gericht rechtskräftig eröffnet, so deckt (soferne die österreichische Gerichtsbarkeit statthat) die Eröffnung des Concurses die Unzuständigkeit des Gerichtes insoweit, dass die vorgenommenen Handlungen ihre Wirksamkeit behalten; allein das Concursverfahren muss zur Fortsetzung[14]) an das zuständige Gericht überwiesen werden.

VI. Die Competenz des Concursgerichtes bezieht sich auf das ganze Concursverfahren einschliesslich des Concurseröffnungsverfahrens und einer Wiedereröffnung des Concurses nach den §§ 190 und 243 C.O.

Sie ist auch nicht auf das Concursverfahren beschränkt, sondern attrahirt den Gerichtsstand für die im Concurse und in Be-

---

Instanz an ihre Stelle. Die besondere Berggerichtsbarkeit in Concurssachen (§ 76 alte Jur.Norm) ist absichtlich beseitigt; Motive bei Kaserer S. 112.

[10]) Adler-Clemens No. 763.

[11]) Gl.U. No. 12902.

[12]) Gl.U. No. 5473 (nicht genau).

[13]) §§ 104 J.N.; vgl. Rudolf Pollak in Grünhut's Ztschr. XVIII S. 64—111.

[14]) Dies ist allerdings im § 44 J.N. nicht deutlich gesagt.

ziehung auf das Concursvermögen entstehenden Processe.[15]) Diese attrahirende Wirkung des Concursverfahrens auf Civilprocesse hat ihren Grund darin, dass die Auseinandersetzung der Vermögensverhältnisse des Gemeinschuldners so weit als möglich bei einem, u. z. jenem Gerichte concentrirt werden soll, wo sie am leichtesten übersehen und am schnellsten erledigt werden können. Das ist das Concursgericht.

Im Einzelnen gelten hier folgende Grundsätze.

Die Attraction bezieht sich nur auf Processe, welche vor den Civilgerichten zu führen sind, nicht auf solche Ansprüche, welche (ob privatrechtlicher Art oder nicht) nicht „im Rechtsweg“ (§ 127 C.O.), d. i. nicht vor den Civilgerichten, sondern z. B. vor den staatlichen oder autonomen Verwaltungsbehöden, den Strafbehörden zu erledigen sind. Was nicht zu den Civilgerichten gehört, das gehört auch nicht vor das Concursgericht.

Mit dieser Beschränkung auf die vor den Civilgerichten abzuführenden Civilprocesse gilt nun folgendes:

a) Processe der concurrirenden Gläubiger gegen die „Concursmasse“ sind beim Concursgerichte zu verhandeln und zu entscheiden (§ 126 C.O.), mögen sie auch ausserhalb des Concurses vor ein anderes (sachlich oder örtlich zuständiges) Gericht gehören, und mögen sie sogar schon vor Concurseröffnung in erster Instanz bei einem andern Gerichte als dem Concursgerichte anhängig (aber noch nicht durch ein End-Urtheil entschieden) gewesen sein. Dies gilt für die nach §§ 223, 234 und 236 im Zwangsausgleichsverfahren anzustrengenden Processe selbst dann, wenn diese Processe nach Aufhebung des Concurses erst begonnen werden (§ 237 C.O.).[16]) Processe der concurrirenden Gläubiger über die Rangordnung ihrer Ansprüche im Concurse gehören immer vor das Concursgericht (§ 128 C.O.), auch wenn der Anspruch nicht zum „Rechtsweg“ gehört.

b) Processe der Rückforderungsberechtigten, der Realgläubiger

---

[15]) Diese attrahirende Kraft des Concursgerichts ist schon gemeinrechtliche Lehre: Dabelow S. 746ff.; Schweppe, Syst. d. Conc. S. 187ff.; für das österr. Recht v. Canstein, Lehrb. d. Civilpr. I S. 123f.

[16]) Gl.U. No. 10206. Dass die vor dem Concursgerichte vor der Aufhebung des Concurses begonnenen Processe auch nach Aufhebung desselben beim Concursgerichte anhängig bleiben, war nach § 6 der alten Jur.Norm [Ausnahme § 7 C.O.] selbstverständlich, wurde daher im § 237 C.O. überflüssiger Weise wiederholt.

und der Massegläubiger gegen die „Concursmasse“ gehören, soweit nichts Anderes bestimmt ist, also in der Regel vor das Concursgericht (§§ 137, 138 C.O.)[17])

c) Processe der sub b genannten Personen gehören dann nicht vor das Concursgericht, wenn die betreffende Civilprocesssache einem Real-,[18]) Tabular- oder Berggerichtsstand ausschliessend zugewiesen ist (z. B. Bestandprocesse),[19]) oder wenn Hypothekarklagen mit Beschränkung auf die Hypothek angestellt werden,[20]) oder der Process vor der Concurseröffnung bei einem andern Gerichte schon anhängig, d. h. die Klage schon zugestellt war (§ 138 al. 2 C.O.),[21]) oder wenn für Masseansprüche ein Gerichtsstand oder ein Erfüllungsort vereinbart ist.[22]) In diesen Fällen bleiben die ausserhalb des Concursverfahrens geltenden Competenzvorschriften aufrecht.

Die sub c erörterte Vorschrift ist eine Ausnahmsbestimmung von der sub b besprochenen Regel und daher stricte zu interpretiren.

d) Soweit die Processe dem Concursgerichte zugewiesen sind, ist dasselbe auch die Executionsinstanz, u. z. selbst dann, wenn um Bewilligung der Execution erst nach der Concursaufhebung angesucht wird. Den Urtheilen und Vergleichen in Processen stehen hiebei gleich die auf Grund von Anmeldungen erfolgten Liquidirungserklärungen im Concurse[23]) (§ 55 C.O.), wenn sie nicht gegen den Widerspruch des Gemeinschuldners abgegeben wurden, insbesondere die Liquidirungserklärungen im Genossenschaftsconcurse[24]) (§§ 60, 65 d. Ges. v. 9. April 1873 R.G.B. No. 70).

e) Die sub a—e besprochenen Processe sind Passivprocesse des Gemeinschuldners in Rücksicht des Concursvermögens. Da-

[17]) Gl.U. No. 7292, 10324. S. unten §§ 53, 60.

[18]) Exscindirungsklagen gehören vor die Realinstanz, Gl.U. No. 7292, nicht auch die Ersatzklage (Gl.U. No. 7292) oder die Klage auf Ausfolgung von bei Gericht deponirtem Geld (Gl.U. No. 10324).

[19]) Gl.U. No. 6339, 8032; entg. 9180. Schwankend Fischer, Ueber die Competenz für die Miethzinsklage gegen eine Concnrsmasse (Jur. Viertelj. 1885 S. 81 f.).

[20]) Auch wenn die Hypothekarforderung eine Wechselforderung ist: Gl.U. NO. 5442, 6267, 7944; das Concursgericht dagegen ist zuständig für Ansprüche, welche mit Mobiliar-Pfandrecht versichert sind.

[21]) Anders nach § 7 C.O. bei Ansprüchen der Concursgläubiger.

[22]) Spruch-Rep. No. 84.

[23]) Gl.U. No. 8156, 9663.

[24]) Nowak IV No. 526.

neben kann es noch Passivprocesse gegen den Gemeinschuldner geben, welche sich nicht auf das Concursvermögen beziehen, sei es, weil dies nach der Natur des Anspruches nicht der Fall ist (z. B. Paternitätsklagen), sei es, weil der Kläger rechtsverbindlich auf seine Befriedigung aus dem Concursvermögen verzichtet;[25]) für diese Fälle gelten die allgemeinen Competenzvorschriften (§ 9 C.O.); der Concurs übt keine attrahirende Kraft aus, da es sich nicht um eine Auseinandersetzung in Bezug auf das Concursvermögen handelt.

f) Endlich giebt es noch Activprocesse der „Concursmasse." Für diese gelten die allgemeinen Competenzvorschriften. Der Concurs übt keine attrahirende Kraft aus, weil dies dem Grundsatze actor sequitur forum rei widersprechen würde.

VII. Während die Prüfung der Competenz für das Concursverfahren eine Amtspflicht des Gerichtes wie in jedem Verfahren ausser Streitsachen ist (§ 41 J.N.), ist die Competenzfrage für die sub VI genannten Civilprocesse nach den Grundsätzen des Civilprocesses (§ 240 C.P.O.) der Einwendung des Beklagten (also des Gemeinschuldners, resp. der Concursmasse) überlassen, das Gericht von Amtswegen zur Prüfung seiner Competenz nur auf Grund der Angaben des Klägers berechtigt und verpflichtet (§ 41 Jur.N.); Erhebungen über den Competenzgrund z. B. durch Einvernahme der Betheiligten sind unzulässig.[26])

VIII. Die attrahirende Kraft des Concursgerichtes ist auf Processe beschränkt und erstreckt sich nicht auf andere ausserhalb des Concursverfahrens liegende Verfügungen (z. B. in Grundbuchssachen); da greifen die allgemeinen Competenzvorschriften ein.

§ 25. Das Concursgericht im Concurse.[1])

I. Im einzelnen Concursverfahren schreitet das Concursgericht als Senat ein, welcher mit drei rechtsgelehrten Richtern besetzt ist; Beisitzer aus dem Handelsstande werden für Beschlüsse des Concursverfahrens nicht beigezogen (§ 7 J.N.).

II. Gleichzeitig mit der Consurseröffnung bestellt das Concursgericht (der Senat) einen Concurscommissär (§ 70 C.O.).

---

[25]) Gl.U. No. 7015; für unzulässig erklärt in Gl.U. No. 7153.

[26]) Vgl. R. Pollak a.a.O. S. 109 ff.; Ernst Demelius, Kritische Studien, I. Heft S. 5 ff.

[1]) Schwarz S. 218 ff.; Oesterr. Rechtslex. I S. 789 ff.



Die gerichtlichen Agenden des Concursverfahrens bestehen in der Leitung desselben; sie sind zwischen dem Concursgericht und dem Concurscommissär, u. z. derart getheilt, dass grundsätzlich das Concursgericht nur die Ueberwachung des Concurscommissärs, der letztere die Leitung des Verfahrens besorgt. Wo das Gesetz sich nicht klar ausspricht, hat daher der Concurscommissär das Verfahren zu leiten. Doch sind taxativ einzelne wichtige Acte der Leitung des Verfahrens — namentlich vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt — dem Concursgerichte vorbehalten, während begreiflicher Weise der Concurscommissär in keinem Falle das Concursgericht überwacht.[2]

An der Verwaltung des Vermögens nimmt das Concursgericht nicht theil, abgesehen von den im § 148 C.O. genannten, sub III 15 näher bezeichneten Fällen.

III. Das Concursgericht ist zum Zwecke der Ueberwachung des Concurscommissärs befugt und verpflichtet, von seiner Geschäftsführung (jederzeit) Einsicht zu nehmen und sich von ihm Bericht erstatten zu lassen. Es kann auch den Concurscommissär jederzeit abberufen und an seiner Stelle einen andern ernennen (§ 71 C.O.). Es ist ferner die erste Rechtsmittelinstanz für Beschwerden (Vorstellungen) gegen die Verfügungen des Concurscommissärs.

An den Beschlussfassungen des Concursgerichtes, welche in Ausübung dieses Ueberwachungsrechtes erfolgen, darf der Concurscommissär in analoger Anwendung des § 20 Z. 5 J.N. nicht theilnehmen.[3]

IV. Zur Leitung des Concursverfahrens ist das Concursgericht in folgenden Fällen berufen:

1. zu allen Beschlüssen des Eröffnungsverfahrens,

2. zur Bestellung und Abberufung des Concurscommissärs (§§ 70, 72),

3. zur Erlassung der im § 23, III weiters genannten Verfügungen, einschliesslich der Bestellung des provisorischen Masseverwalters,

4. zur Bestellung des bei der sog. Wahltagfahrt von der Mehrheit der erschienenen stimmberechtigten Gläubiger vorgeschlagenen

---

[2]) Die deutsche C.O. kennt die Theilung der Geschäfte zwischen Concursgericht und Concurscommissär nicht, da die Amtsgerichte Einzelgerichte sind. Wie Oesterreich die ung. C.O. § 93.

[3]) Schwarz S. 226.



Masseverwalters und seines Stellvertreters, sowie zur Bestellung der Gläubigerausschüsse[4]) (§ 74 C.O.),

5. zur freien Bestellung des Masseverwalters und seines Stellvertreters, falls das Vorschlagsrecht des § 74 C.O. nicht ausgeübt wird,[5])

6. zur Bestellung besonderer Verwalter für bestimmte Zweige der Verwaltung, namentlich für die Verwaltung von Immobilien und von Bergwerksvermögen (§ 82 C O.),

7. zur Ausfertigung der Bestellungsdecrete an die sub 4—6 genannten Personen (§ 143 C.O.),

8. zur Entlassung des Masseverwalters, seines Stellvertreters und der besonderen Verwalter (§§ 80, 82 C.O.),

9. zur Androhung und Verhängung von Geldstrafen an die sub 8 genannten Personen, jedoch nur auf Antrag des Concurscommissärs[6]) (§§ 80, 82 C.O.),

10. zur Beschlussfassung über die Massregeln, welche die Person des Gemeinschuldners betreffen (§§ 98—101 C.O.),

11. zur Bestellung eines Curators für anmeldende Gläubiger, welche nicht am Sitze des Concurscommissärs und auch nicht in dessen Nähe wohnen, und die in der Anmeldung nicht einen am Orte wohnhaften Schriftenempfänger namhaft gemacht haben[7]) (§ 111 C.O.),

12. zur Entgegennahme der Anspruchs-Anmeldungen der Gläubiger;[8]) ist ein Bezirksrichter Concurscommissär, so hat auch das Bezirksgericht die Anmeldungen entgegenzunehmen (§ 108 C.O.),

13. zur Entscheidung über das Stimmrecht der bei der sog. Wahltagfahrt (§ 74 C.O.) erschienenen concurrirenden Gläubiger, ferner des Stimmrechtes beim Zwangsausgleich für jene erschienenen concurrirenden Gläubiger, deren Ansprüche bestritten und noch

---

[4]) Nowak in allg. Ger. Ztg. 1870 No. 15 ff.; Beisser i. e. l. 1893 No. 45; Alfr. Pollak in Jur. Bl. 1893 No. 52 f.; Kissling S. 150.

[5]) Die C.O. trifft für diesen Fall keine Vorsorge; er ist controvers; wie Text Sommer in G.H. 1877 No. 50; a. M. Oliva i. e. l. 1877 No. 37 f.; Thorsch i. e. l. 1877 No. 47.

[6]) Ein Grund dafür, dass es für die Geldstrafen des Antrages des Concurscommissärs bedarf, für die Entlassung (Pkt. 8) nicht, ist nicht ersichtlich.

[7]) Dr. J. K., Zur Auslegung des § 111 C.O. (in Jur. Bl. 1879 No. 43).

[8]) Vgl. J.M.E. v. 7. Juli 1882 Z. 5534 bei Manz VI 1 S. 281 ff.



nicht durch ein Erkenntniss erster Instanz[9]) festgestellt sind. Das Stimmrecht zur Wahl des Masseverwalters, seines Stellvertreters und der Gläubigerausschüsse bei der allgemeinen Liquidirungstagfahrt bedarf einer Entscheidung des Concursgerichtes nicht, weil auch jene concurrirenden Gläubiger das Stimmrecht haben, deren Ansprüche bestritten sind[10]) (§ 143 C.O.),

14. zur Einvernahme des Gläubigerausschusses (§ 85 C.O.),

15. vor Abhaltung der allgemeinen Liquidirungstagfahrt, ferner auch nach derselben, wenn ein Beschluss der Gläubigerversammlung nicht zu Stande kommt,[11]) zur Ermächtigung

a) zur Veräusserung von Immobilien, Gerechtsamen und Seeschiffen mit theilweiser[12]) oder gänzlicher Umgehung des im Executionsverfahrens vorgeschriebenen Vorganges (z. B. im Wege des freihändigen Verkaufes),

b) zur „Abtretung“ (im Vergleichswege) von industriellen oder Handelsunternehmungen, durch welche der Umfang der Ansprüche oder die Haftung des Concursvermögens wesentlich geändert wird (§ 148 C.O.),

16. zur Entscheidung über die „Erinnerungen“ gegen den Vertheilungsentwurf (§ 180 C.O.),[13])

17. zur Bestätigung des Concursvergleiches (§ 158 C.O.),

18. zur Bestätigung des Zwangsausgleiches (§ 227 C.O.),

19. zur endgültigen Bestimmung der Kosten des Masseverwalters und seines Stellvertreters, wenn dieselben mit der Bestimmung durch die Gläubigerversammlung nicht zufrieden sind, und binnen 14 Tagen die Beschwerde an das Concursgericht eingelegt haben (§ 161 C.O.); ferner zur Bestimmung dieser Kosten ohne Rücksicht auf die Gläubigerversammlung vor der Liquidirungstagfahrt,[14])

20. zur Aufhebung des Concurses (§§ 154 ff.; 189, 235 C.O.).

In anderen Fällen betheiligt sich im regelmässigen Laufe des Concursverfahrens das Concursgericht nicht unmittelbar, sondern nur auf Grund von Beschwerden gegen die Verfügungen des Con-

---

[9]) § 209 C.O. spricht ungenau von einem „erstrichterlichen“ Spruch; vgl. § 127 C.O.

[10]) Ungenau Schwarz S. 220 P. 23.

[11]) A. M. dem Anscheine nach Schwarz S. 219 Pkt. 17.

[12]) Vgl. Gl.U. No. 6218.

[13]) Frankl, Welche Rechtsmittel hat der Concursgläubiger gegen den Vertheilungsantrag (in Jur.Viertelj. 1889 S. 131 ff.).

[14]) A. M. Schwarz S. 200.

curscommissärs am Concursverfahren.[15]) In diesen hier sub 1—20 genannten Fällen kann der Concurscommissär im Concursgericht Referent mit beschliessender Stimme sein.

V. Es giebt jedoch Concursverfahren, in welchen das Concursgericht noch in manchen anderen Fällen einzuschreiten hat. Dies ist dann der Fall, wenn eine Gläubigerversammlung nicht zu Stande kommt. Derselben sind eine Reihe von Beschlussfassungen des Concursverfahrens im Gesetze ausschliesslich vorbehalten. Was geschehen soll, wenn die Versammlung nicht zu Stande kommt, sagt das Gesetz nicht. Man muss mit der Analogie des § 148 C.O. helfen, so weit sie eben trägt. So weit Wahlen in Frage stehen, entfallen dieselben; auch ein Zwangsausgleich kann nicht geschlossen werden (§ 217 Z. 2 C.O.); in den anderen Fällen tritt das Concursgericht an die Stelle der Gläubigerversammlung.

VI. Die cit. Verfügungen des Concursgerichtes ergehen in Form von Bescheiden, welche der formellen und materiellen Rechtskraft gegenüber allen am Concurse Betheiligten fähig sind.

Die Bescheide sind mittelst Recurses anfechtbar, welcher an das Oberlandesgericht geht, und mittelst eines Revisionsrecurses an den obersten Gerichtshof. Die Recursfrist beträgt 14 Tage.[16])

Ausnahmsweise sind durch ein Rechtsmittel nicht anfechtbar die Entscheidungen des Concursgerichtes über die Kosten des Masseverwalters und seines Stellvertreters (§ 161 C.O.), und über den Auftrag zur Ablegung des Offenbarungs-Eides nach § 96 C.O.

§ 26. Der Concurscommissär.[1])

I. Da die Concursordnung vom Jahre 1868 die Concursverhandlung im Gegensatze zur älteren österreichischen Gesetzgebung[2]) ausschliesslich den Gerichtshöfen zuwies, ergab sich die Noth-

[15]) Die Entscheidung über die Wiederbefähigung des Gemeinschuldners nach § 249 C.O. fällt in den Zeitpunkt nach der Concursaufhebung, die Setzung der Frist zum Eintritt der Masse in einen anhängigen Vertrag trotz der undeutlichen Ausdrucksweise des § 22 C.O. („Concursrichter“) nach dem sub I angegebenen Grundsatz in den Wirkungskreis des Concurscommissärs. A. M. Kaserer S. 137; Schwarz S. 219; richtig Kissling S. 63.

[16]) Ueber die Berechnung dieser Frist s. §§ 9 und 26, VI.

[1]) Kaserer S. 135 ff.; Schwarz S. 222 ff. Art. „Concurscommissär“ im österr. Rechtsl. I S. 786 ff. Im § 70 C.O. ist statt des terminus

wendigkeit der Einschiebung eines physischen Organes zwischen dem Concursgerichte einerseits, dem Masseverwalter, den Gläubigern und dem Gemeinschuldner andererseits. Dieses physische Organ vermag die Concursverhandlung besser zu leiten und zu beaufsichtigen als das Concursgericht, weil es beweglicher und zugänglicher ist als dasselbe.

Die Concursordnung hat darum aus dem französischen und namentlich dem preussischen Recht das Institut des Concurscommissärs recipirt.[3]) Ueber die Frage, ob der Concurscommissär aus den Reihen der Richter oder der Notare zu bestellen sei, entstanden heftige parlamentarische Streitigkeiten, welche schliesslich mit dem gerechtfertigten Siege des Regierungsantrages endeten, ausschliesslich Richter zu Concurscommissären zu bestellen.[4])

II. Concurscommissär ist der mit der selbständigen Leitung der Concursverhandlung und mit der Ueberwachung der Thätigkeit der mit der Verwaltung des Concursvermögens beauftragten Personen betraute richterliche Beamte (§ 70 C.O.).

Seine Bestellung erfolgt vom Concursgerichte bei Eröffnung des Concurses (§ 70 C.O.). Durch diese Vorschrift ist § 133 der Ger.Instr. theilweise derogirt. Nach § 133 Ger.Instr. bestimmt der Gerichtsvorsteher die Referenten auch in Concurssachen, u. z. nach seinem Ermessen entweder von Fall zu Fall oder ein für alle Mal für sämmtliche Concurssachen. Nach § 70 C.O. bestimmt das Concursgericht (der Senat) u. z. nur von Fall zu Fall den Concurscommissär. Der bisher nicht beachtete[5]) Wider-

---

Concurscommissär durch ein Redactionsversehen der terminus „gerichtlicher Commissär für den Concurs", im § 111 C.O. „Gerichtscommissär" gesetzt.

[2]) § 1 des Pat. v. 1. Mai 1781 No. 14 (Concursordnung); § 73 der Jur.Norm v. 1852; nur § 78 der J.N. v. 18. Juni 1850 No. 237 R.G.B. hatte die Concursverhandlungen ausschliesslich den Gerichtshöfen zugewiesen.

[3]) Franz. Falliments-Ges. Art. 451 ff.; preussische C.O. § 127. Vgl. auch Mittermaier, d. gem. dtsch. bgl. Process, 3. Beitrag S. 255 ff. und ung. C.O. § 93.

[4]) Einen guten Bericht über diese Streitigkeiten giebt Kaserer S. 137—143.

[5]) Kaserer S. 143; Schwarz S. 222. Auch dem Just.Min. ist dieser Widerspruch entgangen: Erl. v. 25. Februar 1869 Z. 2490 (bei Kaserer S. 298 ff.) u. Erl. v. 6. August 1874 Z. 11005 (bei Manz VI I S. 512 ff.).

spruch ist dahin zu lösen, dass die Concurscommissäre nicht nothwendiger Weise auch Concursreferenten sein müssen.[6]) Die letzteren bestimmt nach wie vor der Gerichtsvorsteher, den Concurscommissär wählt von Fall zu Fall der die Concurseröffnung beschliessende Senat des Concursgerichtes nach freiem Ermessen innerhalb der Grenzen der §§ 70 und 72 C.O. Daraus folgt, dass im Falle der Verhinderung eines Concurscommissärs zur Ausübung seines Amtes (z. B. in Folge eines Urlaubes) nicht der Gerichtsvorsteher, sondern das Concursgericht den Supplenten bestimmt.[7]) Es kann bei diesem Widerspruch zwischen § 133 Ger.Instr. und § 70 C.O. vorkommen, dass ein Concurscommissär nicht Concursreferent ist; doch kommt es in der Praxis mit Ausnahme des Falles wohl nicht vor, wenn ein Bezirksrichter zum Concurscommissär bestellt wird.

Das Amt des Concurscommissärs kann demselben jederzeit durch Beschluss des Concursgerichtes (§ 71 C.O.), nicht auch durch eine Verfügung des Gerichtsvorstehers entzogen werden. Es endet ferner mit der Beendigung des Concurses, mit dem Eintritt eines Ausschliessungsgrundes, mit dem Tode, dagegen nicht auf Grund eines Verzichtes des Concurscommissärs.

III. Voraussetzungen zur Bekleidung des Amtes eines Concurscommissärs sind a) die Befähigung zum Richteramt (§ 70 C.O.) und b) die Zugehörigkeit zum Concursgerichte, eventuell die Leitung jenes Bezirksgerichtes, an dessen Sitz oder in dessen Nähe der Wohn- oder Geschäftssitz des Gemeinschuldners sich befindet (§ 72 C.O.).[8]) Wenn das Bezirksgericht von einem Bezirksrichter (wie regelmässig) geleitet wird, hat nur dieser, nicht auch der dem Bezirksgerichte etwa zugetheilte Adjunct die Eignung zum Concurscommissär.

c) Wer zum Concurscommissär bestellt werden soll, darf nicht von dieser Concursverhandlung ausgeschlossen und nicht mit Erfolg abgelehnt worden sein.

Die Ausschliessungsgründe zählt § 20 J.N. auf. Als Personen, deren Verhältniss zum Concurscommissär in Betracht

[6]) Im Falle des § 72 C.O. sind Concurscommissär und Concursreferent immer verschieden.

[7]) Ist ein Bezirksrichter Concurscommissär, so geht in Verhinderungsfällen das Amt nicht, wie J.M.E. v. 22. Juni 1881 Z. 6992 (bei Manz VI I S. 443) sagt, ex lege auf seinen Substituten über.

[8]) Die Bestellung eines Bezirksrichters zum Concurscommissär ist auch bei handelsgerichtlichen Concursen zulässig.

kommt, gelten dabei der Gemeinschuldner, ferner jene Gläubiger, welche die Concurseröffnung beantragen oder die Zahlungseinstellung zur Kenntniss des Gerichtes bringen. Die Theilnahme eines Gläubigers am Concursverfahren selbst ist kein Ausschliessungsgrund, weil die Feststellung und Befriedigung seines Anspruches in den Händen des Masseverwalters und der andern Gläubiger liegt.[9]) Ebensowenig ist das Vorhandensein einer Verwandtschaft, Schwägerschaft etc. des Concurscommissärs zum Masseverwalter ein Ausschliessungsgrund, weil der Masseverwalter keine eigenen Rechte im Concurse vertritt, nicht Partei ist.[10])

Die Ablehnungsgründe sind in § 19 J.N. enthalten.

IV. Der Concurscommissär erhält von seiner Bestellung eine Verständigung, aber kein Decret. Auf Grund dieser Verständigung hat er sein Amt sofort anzutreten.

Dem Concursgerichte gegenüber sind die Befugnisse und Pflichten dieses Amtes durch die grundsätzliche Bestimmung des § 70 C.O. bestimmt, dass der Concurscommissär selbständig das Concursverfahren leitet. Das Concursgericht überwacht ihn bloss und nimmt an der Leitung des Verfahrens nur in jenen Fällen einen unmittelbaren Antheil, in welchen das Gesetz es vorschreibt (§ 25 III).

Dagegen bedarf die Stellung des Concurscommissärs zu den übrigen Factoren des Concursverfahrens, insbesondere dem Masseverwalter, dem Gläubigerausschusse und der Gläubigerversammlung der Präcisirung.

Das Gesetz geht von der gerechtfertigten Anschauung aus, dass das Concursverfahren hauptsächlich, wenn auch nicht ausschliesslich im Interesse der Gläubiger stattfinde. Dieses Interesse rechtfertigt es, dass diese Gläubiger zu der im Concursverfahren erforderlichen Thätigkeit (Feststellung der Ansprüche, Versilberung des Concursvermögens, Vertheilung des Realisates) herangezogen werden. Diese Heranziehung kann sowohl unter dem Gesichtspunkte eines Rechtes der Concursgläubiger als einer Pflicht derselben erfolgen; ersteres ist mehr der Standpunkt des österreichischen, letzteres eher jener des deutschen Gesetzgebers gewesen.

Unpraktisch wäre es jedoch, die Gläubiger derart heranzuziehen, dass sie alle und persönlich die erforderliche Thätigkeit ent-

---

[9]) Einzelner Amtshandlungen, die bezüglich solcher Gläubiger erforderlich sind, muss sich der Concurscommissär enthalten.

[10]) Der einzige Anspruch des Masseverwalters selbst ist (regelmässig) sein Kostenanspruch. Dieser ist nach § 161 C.O. nicht relevant.

falten. Denn einerseits collidiren die Interessen der einzelnen Concursgläubiger unter einander, andererseits sind ihrer zu viele und zu unbestimmte Personen. Darum wird an ihre Stelle (wenn auch nicht in ihrer Vertretung) der Masseverwalter eingeschoben und demselben der Gläubigerausschuss und die Gläubigerversammlung beigegeben.

Zwischen dem Concurscommissär und dem Masseverwalter sind nun grundsätzlich die Geschäfte derart getheilt, dass jener die Leitung des Verfahrens (§ 70 C.O.), dieser die Feststellung und Verwaltung des Concursvermögens (§ 76 C.O.) hat.

Zwischen dem Concurscommissär einerseits, dem Gläubigerausschuss und der Gläubigerversammlung andererseits sind die Geschäfte derart getheilt, dass vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt der Concurscommissär (in einzelnen Fällen das Concursgericht § 148 C.O.), nach derselben der Ausschuss und die Gläubigerversammlung die Vermögensverwaltung (mit Ausnahme des Zwangsausgleiches) beeinflussen und beaufsichtigen.

Diese Regelung beruht auf dem (zwar nicht ausschliesslich, aber doch regelmässig) richtigen Gedanken, dass mit der allgemeinen Liquidirungstagfahrt in genügender Weise feststehe, wer mit Recht concurrirender Gläubiger sei; von diesem Zeitpunkte an ist es sonach gerecht, sie zur Thätigkeit im Concursverfahren stark heranzuziehen. Vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt würde eine entsprechend starke Heranziehung nicht gerechtfertigt sein, weil es, wie die Motive es ausdrücken, zu dieser Zeit nur eine „präsumptive Gläubigerschaft“ giebt. Vor dieser Tagfahrt tritt daher der Concurscommissär zum Theil an die Stelle des Gläubigerausschusses, eventuell der Gläubigerversammlung.

Um indessen auch in diesem Zeitraum den Interessen der Concursgläubiger möglichst zu entsprechen, ist der Einfluss des Concurscommissärs auf die Concursverwaltung sehr gering bemessen. Von den drei wichtigen Punkten: Feststellung der Ansprüche, Realisirung des Vermögens, Vertheilung des Vermögens — sind der erste und dritte der Thätigkeit des Concurscommissärs ganz, der zweite insoweit entzogen, als regelmässig die Concursverwaltung bis zur allgemeinen Liquidirungstagfahrt sich auf die Feststellung und Verwaltung des Concursvermögens zu beschränken hat, während die Veräusserung desselben grundsätzlich erst nach dieser Tagfahrt erfolgen soll (§ 142 C.O.). Auch ist schon vor der Liquidirungstagfahrt bei allen wichtigen Verwaltungshandlungen

der Beschluss des Gläubigerausschusses vom Masseverwalter einzuholen (§ 140 C.O.).

V. Der Concurscommissär ist also auf die Leitung des Verfahrens während seiner ganzen Dauer, und auf eine geringfügige Theilnahme an der Verwaltung des Concursvermögens bis zur allgemeinen Liquidirungstagfahrt beschränkt.[10a] Durch diese Regelung ist das Interesse der Gläubiger, ihre Autonomie gewahrt.

Das Gesetz geht von der Anschauung aus, dass die Concursgläubiger von den Befugnissen dieser Autonomie Gebrauch machen. Dies ist jedoch thatsächlich in zwiefacher Hinsicht nicht geschehen. Erstens dadurch, dass nur wenige Concursgläubiger an der Concursverwaltung theilnehmen; dies führt ökonomische Nachtheile erheblicher Art mit sich, welche jedoch hier nicht zu besprechen sind.[11] Zweitens dadurch, dass in manchen Concursverfahren gar kein Gläubiger sich an der Concursverwaltung betheiligt; es kommt keine Gläubigerversammlung und kein Gläubigerausschuss zu Stande.

Das Gesetz hat diesen Fall gar nicht geregelt. Wer ersetzt den Gläubigerausschuss und die Gläubigerversammlung bei der Concursverwaltung?[12]

Die Beschlüsse, welche dem Gläubigerausschuss vorbehalten sind, können jedenfalls von der Gläubigerversammlung an seiner Stelle gefasst werden, da dieselbe die Interessen der Concursgläubiger zu besserem Ausdrucke bringt als der Gläubigerausschuss. Es steht daher dem Masseverwalter frei, statt des nicht vorhandenen Gläubigerausschusses die Gläubigerversammlung zur Beschlussfassung zu veranlassen. Nur wird dieses Mittel in den kritischen Fällen stets versagen: wenn ein Beschluss des Gläubigerausschusses nicht zu Stande kommt,[13] ist eine Gläubigerversammlung wohl auch nicht zu Stande zu bringen; die Gläubiger erscheinen einfach nicht. Schon der Versuch, eine Gläubigerversammlung einzuberufen, die aller Voraussicht nach nicht zu Stande kommt, hält

---

[10a]) Ausnahmen von diesem Grundsatz giebt es: § 142 al. 3, 4 C.O.

[11]) Benedikt, Zur Reform der C.O. S. 8 ff.; Stenographische Protokolle d. Delegirtentages der österr. Advokatenkammern (1894) S. 42 ff.; R. Pollak im Handelsmuseum X S. 625 ff.

[12]) Oliva, Eine Lücke der C.O. (in G.H. 1877 No. 37 f.); Thorsch, Eine Lücke der C.O. (i. e. l. 1877 No. 47); Sommer, Zur Lücke der C.O. (i. e. l. 1877 No. 50).

[13]) Selbstredend genügt es, dass ein Beschluss gefasst wird; wie sein Inhalt ist, das ist hier gleichgültig.

aber die Concursverhandlung zum grossen Nachtheile aller Interessenten sehr auf. Ebensowenig ist es räthlich, auf die Vornahme aller jener oft äusserst wichtigen Handlungen für den Fall zu verzichten, dass kein Gläubiger-Ausschuss besteht, oder dass derselbe zu — irgend — einem Beschlusse nicht zu bewegen ist; denn auch das könnte für die Interessenten sehr nachtheilig sein. Darum ist nach dem § 147 C.O. die Analogie gerechtfertigt, dass in Concursen, bei welchen ein Gläubigerausschuss nicht besteht oder zu einer Beschlussfassung nicht zu bringen ist, dessen Functionen mit Ausnahme des im § 98 C.O. vorgesehenen Falles auf den Concurscommissär übergehen, es sei denn, dass die Gläubigerversammlung die nöthigen Beschlüsse fasst.

So hat z. B. der Concurscommissär das Recht und die Pflicht, in diesem Fall an Stelle des Gläubigerausschusses dem Masseverwalter die zu den im § 147 C.O. genannten Handlungen erforderliche Ermächtigung zu ertheilen.[14])

Die Gläubigerversammlung wird zum Theil gar nicht, zum Theil durch das Concursgericht ersetzt (s. § 25 IV), nie durch den Concurscommissär.

V. Nach diesen Grundsätzen sind nun die Amtsbefugnisse und Amtspflichten des Concurscommissärs festzustellen.

a) Die Leitung des Verfahrens steht dem Concurscommissär im Rahmen des Gesetzes selbständig zu, u. z. selbständig sowohl gegenüber dem Concursgerichte (mit den im § 25 genannten Ausnahmen), als auch gegenüber den Gläubigern und dem Masseverwalter. Hievon bestehen zwei Ausnahmen: es hat nämlich der Concurscommissär eine Gläubigerversammlung einzuberufen:

1. so oft nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt eine Anzahl von concurrirenden Gläubigern, welche wenigstens den vierten Theil der angemeldeten Ansprüche „vertreten“,[15]) um die Veranlassung einer Neuwahl für die Stellen des Masseverwalters, seines Stellvertreters, oder der Gläubigerausschüsse ansuchen (§ 143 C.O.),

2. wenn der Gemeinschuldner, insoferne dies nach dem Gesetze zulässig ist, um die Einleitung des Zwangsausgleichsverfahrens ansucht (§ 210 C.O.).

Hievon abgesehen geht der Concurscommissär auf Antrag oder von Amtswegen bei Leitung des Verfahrens nach dem Gesetze und

---

[14]) Gl.U. No. 10566.

[15]) Darunter ist nicht „Stellvertretung“ zu verstehen.

seinem pflichtmässigen Ermessen selbständig vor. Zu diesem Zwecke sind ihm alle Eingaben von Parteien und Behörden vom Einreichungsprotokolle zuzustellen,[16]) eventuell übermittelt sie ihm das Concursgericht, und er trifft ohne Berathung und Beschlussfassung eines Senates die entsprechende Verfügung auf dieselbe. Nur insoweit die Concursordnung ausdrücklich dem Concursgerichte die Verfügung vorbehält, ist von dem Concursreferenten (der mit dem Concurscommissär nicht identisch zu sein braucht, s. oben II) dem Senate ein Referat zu erstatten, und der Senat des Concursgerichts fasst den erforderlichen Beschluss.

Die einzelnen Acte aufzuzählen, welche der Concurscommissär vorzunehmen in die Lage kommt, ist bei ihrer Mannichfaltigkeit nicht thunlich.[17]) Wichtig ist seine Befugniss zur Anberaumung von Tagfahrten (§§ 104, 123, 144, 146, 161, 176, 218 C.O. u. a. m.), von Fristen, so z. B. der Anmeldungsfrist,[18]) ferner zur Einvernahme des Gläubigerausschusses, dessen Sitzungen er in dem Falle zu präsidiren hat, wenn es sich um Genehmigung oder Bemängelung der Rechnung des Masseverwalters über die Vermögensverwaltung handelt (§ 150 C.O.),[19]) zur Ausfertigung von Legitimationen an den Masseverwalter zum Behufe der Erhebung von Geldern etc. bei öffentlichen Cassen, Behörden oder Aemtern (§ 78 C.O.),[20]) der Ertheilung von Bestätigungen über die Ordnungsmässigkeit der Fassung von Beschlüssen des Gläubigerausschusses (§ 147 C.O.), der Ermächtigung zur Vornahme der im § 147 C.O. genannten Rechtshandlungen vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt.

b) Zu den Functionen des Concurscommissärs gehört ferner die Ueberwachung der mit der Vermögensverwaltung betrauten Personen, d. i. des Masseverwalters, seines Stellvertreters, sowie der besonderen Verwalter. Diese Ueberwachung soll im Wege des persönlichen Verkehrs mit diesen Personen geübt werden; doch kann

---

[16]) Dieselben sollen nach J.M.E. v. 7. Juli 1882 Z. 5534 (bei Manz VI I S. 281) gar nicht in das Einreichungsprotokoll eingetragen werden, sondern nur in das Tagebuch, welches der Concurscommissar selbst führt.

[17]) Vgl. Schwarz S. 223 ff.

[18]) In manchen Fällen sind Tagfahrten (z. B. § 210 C.O.) und Fristen (z. B. § 161 C.O.) gesetzlich normirt.

[19]) In anderen Fällen führt der Concurscommissär den Vorsitz nicht; a. M. Schwarz S. 224.

[20]) Diese Legitimationsurkunde ist von Fall zu Fall auszustellen.

der Concurscommissär dieselben auch zu Protokoll einvernehmen, oder ihnen schriftliche Berichte abfordern, um auf diese Weise den Stand der Geschäftsführung zu übersehen. Es darf überhaupt zu diesem Zwecke von Amtswegen jede ihm nöthig scheinende Erhebung pflegen und pflegen lassen, insbesondere die Rechnungen jederzeit einsehen, auch z. B. von Rechnungsverständigen prüfen lassen (§§ 80, 81, 82 C.O.); die alljährlich (§ 151 C.O.) und bei Veränderung in der Person eines Verwalters (§ 149 C.O.) zu legende Rechnung hat er materiell nicht zu prüfen, wenn ein Gläubigerausschuss besteht.

Entdeckt der Concurscommissär in der Vermögensverwaltung einschliesslich der Realisirung des Vermögens und seiner Vertheilung Gebrechen (z. B. eine Verzögerung), so hat er die Behebung derselben zu veranlassen, eventuell beim Concursgericht den Antrag auf Androhung oder Verhängung von Geldstrafen oder auf Entlassung der schuldtragenden Verwalter zu stellen (§ 80 C.O.).

c) Die Ueberwachung des Gläubigerausschusses beschränkt sich auf die Prüfung der Gesetzmässigkeit (§ 85 C.O.) und formellen Correctheit der von diesem Ausschusse gefassten Beschlüsse. Innerhalb dieser Grenzen muss trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Gesetzes-Vorschrift dem Concurscommissär das Recht der Sistirung und Cassirung socher Beschlüsse zugestanden werden. Die Frage der Zweckmässigkeit der vom Ausschusse gefassten Beschlüsse hat der Concurscommissär nicht zu prüfen.

VI. Gegen die Verfügungen des Concurscommissärs steht demjenigen, der sich dadurch beschwert erachtet, die Beschwerde an das Concursgericht zu (§ 70 C.O.). Formell legitimirt ist Jedermann, der ein rechtliches Interesse an der anzufechtenden Verfügung hat; es ist nicht erforderlich, dass die Verfügung unmittelbar für oder wider ihn ergangen sei.

Die Frist zu dieser Beschwerde ist auf 14 Tage, im Falle des § 96 C.O. auf 3 Tage bestimmt (§ 255 C.O.), deren Anfangspunkt vom Tage der entsprechenden ersten Edictseinschaltung in die Zeitungen, in eventu (wenn eine Zustellung vorgeschrieben oder erfolgt ist) vom Tage der Zustellung des entsprechenden Bescheides an den Beschwerdeführer gerechnet wird. Der weitere Recurs an das Oberlandesdericht und den obersten Gerichtshof ist zulässig[21]) (§ 257 C.O.).

---

[21]) Die Ausnahmen s. bei § 25 VI.

Ausnahmsweise ist durch ein Rechtsmittel nicht anfechtbar die Verfügung, mit welcher die Berichtigung eines nicht nach der Vorschrift des § 174 C.O. verfassten Vertheilungsentwurfes dem Masseverwalter aufgetragen wird (§ 176 al. 2 C.O.).

VII. Aus dieser Darlegung ergiebt sich die Schwierigkeit des Amtes eines Concurscommissärs. Er soll ein tüchtiger Jurist sein, viele praktische Lebenserfahrung und urbane Umgangsformen besitzen. Mehrfache J.M.E.[22]) haben darum auf die Heranbildung ständiger Concurscommissäre hinzuwirken gesucht.

§ 27. Der Gerichtscommissär.[1])

I. Im Concursverfahren ist immer eine Inventirung der Masse nach den Vorschriften des Verfahrens ausser Streitsachen (§ 86 ff. C.O.) und häufig eine Feilbietung beweglicher und unbeweglicher Gegenstände nach den Vorschriften der Processordnung oder des Verfahrens ausser Streitsachen vorzunehmen (§§ 142, 145, 146 C.O.).

Sowohl bei Aufnahme der Inventare als bei den Feilbietungen muss ein „Abgeordneter des Gerichts" (§ 86 C.O.) interveniren. Derselbe heisst Gerichtscommissär, eventuell auch Inventarscommissär.[2])

II. Die Concursordnung enthält nur für den Fall der Aufnahme des Inventars eine Vorschrift über den Gerichtscommissär. Dieselbe geht dahin, dass der Concurscommissär oder ein anderer Abgeordneter des Gerichts als Gerichtscommissär bei Aufnahme des Inventars zu interveniren habe[3]) (§ 86 C.O.). Diese Vorschrift ist in Uebereinstimmung mit § 1 der Vdg. des Just.Min. v. 7. Mai 1860 R.G.B. No. 120 dahin auszulegen, dass an Orten, wo ein Gerichtshof seinen Sitz hat, also am Sitze des Concursgerichtes nicht der Concurscommissär, sondern nur ein Notar als Gerichtscommissär Inventare aufnehmen darf. Nur wenn ein Inventar nicht am Sitze des Concursgerichtes aufzunehmen ist, z. B. in den Fällen

---

[22]) J.M.E. v. 25. Febr. 1869 Z. 2490 (bei Kaserer S. 298 ff.); J.M.E. v. 6. August 1874 Z. 11005 (bei Manz VI I S. 512 ff.).

[1]) Vgl. Schwarz S. 227 ff., der an dieser Stelle auch die Lehre von dem Inventar abhandelt; Chr., Die Concurscommissäre (in Jur.Bl. 1875 S. 209 f.).

[2]) Vgl. das amtliche Formular II zu § 110 des kais. Pat. v. 9. August 1854 R.G.B. No. 208.

[3]) Ueber seine Rechte und Pflichten s. § 58.



des § 72 C.O., darf der Concurscommissär oder ein anderer Richter das Inventar des Concursvermögens aufnehmen.[4])

III. Für die Feilbietungen giebt die Concursordnung keine besondere Norm, sondern verweist auf das „Executionsverfahren,“ d. i. die Civilprocessgesetze. Mit Rücksicht auf den cit. § 1 der J.M.Vdg. v. 7. Mai 1860 R.G.B. No. 120 und § 183 der Not. Ordng. v. 21. Mai 1855 R.G.B. No. 94 haben am Sitze des Concursgerichtes nur die Notare bei der Feilbietung beweglicher Sachen zu interveniren; bei Feilbietungen beweglicher Sachen, die nicht am Sitze des Concursgerichtes erfolgen, ferner bei Feilbietungen unbeweglicher Sachen intervenirt ein Gerichtsbeamter als Gerichtscommissär, eventuell also auch der Concurscommissär.

Die Concursordnung sieht jedoch auch den Fall voraus, dass Feilbietungen nicht nach den Vorschriften des Executionsverfahrens (§§ 145, 147, 148 C.O.), sondern z. B. als freiwillige Feilbietungen erfolgen. In diesem Falle fungiren ausschliesslich die Notare als Gerichtscommissäre bei Feilbietungen beweglicher und unbeweglicher Sachen, die am Sitze des Concursgerichtes stattfinden.

---

[4]) A. M. zum Theil Schwarz S. 227; undeutlich Kissling S. 165.

IV. Capitel.

Der Gemeinschuldner.

§ 28. Allgemeines.

I. Gemeinschuldner (Cridar, Cridatar) nennt man diejenige Person oder Personengesammtheit, über dessen (deren) Vermögen der Concurs eröffnet wird. Mit diesem Begriff hat auch die C.O. operirt. Die Definition dagegen, welche aus § 1 C.O. genommen werden kann, dass Gemeinschuldner jener zahlungsunfähige Schuldner ist, über dessen Vermögen Concurs eröffnet wird, ist nicht genau, weil auch jene Person Gemeinschuldner ist, über deren Vermögen Concurs eröffnet wurde, trotzdem sie zahlungsfähig ist. Denn die Zahlungsunfähigkeit ist nur regelmässig eine Voraussetzung der Concurseröffnung, aber keine Voraussetzung der Wirkungen des Concursverfahrens.

Die C.O. gebraucht den Ausdruck „Gemeinschuldner“[1]) überhaupt abweichend von der Theorie in dreifachem Sinne: 1) bezeichnet sie damit das Subject des Concursvermögens, der Concursmasse, so z. B. in den §§ 6, 11, 14, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 30, 53, 54, 55, 58 ff., 67, 72, 87, 88, 89, 95, 142, 159, 163, 196, 202 ff., 207, 224, 233, 236; hier kann „Gemeinschuldner“ eine physische Person, mehrere physische Personen, eine juristische Person bedeuten; 2) bezeichnet sie damit die physische Person, die Subject des Concursvermögens ist, so z. B. in den §§ 5, 10, 25, 43, 44, 48 Z. 2, 49, 50, 57, 90, 143, 208, 234, 247—253; hier hat demnach „Gemeinschuldner“ eine engere Bedeutung als

[1]) Im § 69 C.O. steht der terminus „Verschuldeter.“

ad 1; 3) bezeichnet sie damit physische Personen, die durchaus nicht Subjecte des Concursvermögens sein müssen, z. B. in den §§ 64, 77, 96, 97 ff., 114, 119, 156; diese Vorschriften finden nicht nur auf den Gemeinschuldner im technischen Sinne Anwendung, sondern auch auf andere physische Personen; auf welche, ist von Fall zu Fall festzustellen.

Im Folgenden wird „Gemeinschuldner" im technischen Sinne verwendet.

II. Der Gemeinschuldner muss ein Rechtssubject sein. Handlungsfähigkeit ist nicht erforderlich (Concurs über das Vermögen von Todten, Minderjährigen etc.), wohl aber Rechtsfähigkeit. Wer im Geltungsgebiete der Concursordnung keine Rechtsfähigkeit besitzt (z. B. ein aufgelöster Verein), ist darum auch nicht fähig, Gemeinschuldner zu sein.[2])

Aber nur die allgemeine Rechtsfähigkeit in vermögensrechtlicher Beziehung ist erforderlich. Beschränkungen der Rechtsfähigkeit in nicht vermögensrechtlicher Beziehung hindern eine Concurseröffnung ebensowenig wie einzelne Beschränkungen der vermögensrechtlichen Rechtsfähigkeit (z. B. die Unfähigkeit, liegende Güter in Oesterreich zu erwerben).

Darnach kann Gemeinschuldner jede physische und juristische Person sein.[3])

III. Erforderniss eines jeden Concursverfahrens ist ein Rechtssubject, nicht aber, dass nur ein Rechtssubject im Verfahren sei. Vielmehr kann unter Umständen über die Vermögen mehrerer Rechtssubjecte ein Concursverfahren eröffnet werden, so z. B. über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft, einer Commanditgesellschaft, einer Genossenschaft mit beschränkter oder unbeschränkter Haftung.[4])

Das Concursverfahren kann in solchen Fällen sowohl das ganze Vermögen einzelner dieser Rechtssubjecte ergreifen, z. B. jenes des persönlich haftenden Gesellschafters einer Commanditgesellschaft,

---

[2]) Gl. U. No. 3752; Krainz-Pfaff I S. 291 Anm. 5.

[3]) Gl. U. No. 7312, 9330. Schweppe, Syst. d. Conc. S. 47 hebt ausdrücklich hervor, dass der Staat nicht in Concurs verfallen könne. Gemeinden können in Concurs verfallen; besondere Bestimmungen für diesen Fall fehlen, jedenfalls tritt dann die Staatsaufsicht ein; vgl. Oesterr. Staatswörterbuch I S. 706 ff. S. auch Oesterr. Rechtslex. II S. 687.

[4]) Vgl. Krasnopolski, Die Haftung aus genossenschaftlichen Verbindlichkeiten (in Grünhut's Ztschr. VIII S. 54—110).

als auch nur selbständige Theile des Vermögens dieser Rechtssubjecte (z. B. das Gesellschaftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft, das Vermögen der Genossenschaft). Wird das ganze der Concursbehandlung unterliegende Vermögen eines Rechtssubjects dem Concurse unterzogen, so ist dieses Rechtssubject der Gemeinschuldner (z. B. der persönlich haftende Gesellschafter einer Commanditgesellschaft).

Um Incongruenzen dieses Satzes zu vermeiden, treten bisweilen gesetzliche Fictionen ein. Bei den Personengesammtheiten (der offenen Handelsgesellschaft, der Genossenschaft) fingirt das Gesetz die Rechtssubjectivität der Personengesammtheit; der persönliche haftende Gesellschafter gilt nicht als das Rechtssubject des Gesellschaftsconcurses, der Genossenschafter nicht als ein solches des Genossenschaftsconcurses.[5]) Der Grund dieser Fiction liegt in der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit der genannten Vermögenstheile; die mit einem Concursverfahren verbundenen Wirkungen sollen sich auf diese Vermögenstheile beschränken. Daraus folgt, dass die Beschränkungen der Verfügungsfähigkeit, der bürgerlichen, politischen und Ehrenrechte nicht die Personen treffen; das einzelne Mitglied einer Genossenschaft, der Commanditist einer Commanditgesellschaft erleiden sie nicht. Die persönlich haftenden Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft tragen sie nur in Folge der nach § 199 C.O. auch über ihre Privatvermögen verhängten Concurse.

IV. Der Gemeinschuldner soll seinen Wohnsitz oder Geschäftssitz im Geltungsgebiete der Concursordnung haben (§§ 58 ff., 191 C.O.). Dass er Immobiliarvermögen im Inlande hat, ersetzt dieses Erforderniss;[6]) die Staatsangehörigkeit des Gemeinschuldners ist in keinem Falle erforderlich[7]) (vgl. § 24).

Der eröffnete Concurs ist beim Mangel des genannten Erfordernisses nach § 42 J.N. in analoger Anwendung des § 154 C.O. als nichtig aufzuheben.

---

[5]) § 60 des Ges. v. 9. April 1873 R.G.B. No. 70. Reflexwirkungen des Genossenschaftsconcurses auf die einzelnen Genossenschafter sind dadurch nicht ausgeschlossen; § 61 ff. des cit. Ges.

[6]) Auch im Falle des § 199 C.O.; Frankl, Concurs der offenen Handelsgesellschaft S. 49. § 60 C.O. ist schlecht texirt.

[7]) Gl.U. No. 11820; § 61 lit. a C.O. spricht undeutlicher Weise von einem „österreichischen Gemeinschuldner."

V. Die Wirkungen[8]) des Concurses bezüglich seiner Rechtssubjecte beziehen sich

a) auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit, resp. die Dispositionsbefugniss,

b) auf die Person im Concurse,

c) auf die Person ausserhalb des Concurses.

Dabei müssen die sub I erwähnten Schwankungen der C.O. bezüglich des terminus „Gemeinschuldner" sorgfältig beachtet werden. Die Wirkungen des Concurses beziehen sich bald auf den einen, bald auf den andern, bald auf den dritten der sub I genannten „Gemeinschuldner."

§ 29. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit. Dispositionsbefugniss.

I. § 1 C.O. verordnet: „Durch die Eröffnung des Concurses wird das gesammte, der Execution unterliegende Vermögen, welches ein zahlungsunfähig gewordener Schuldner besitzt, oder welches ihm während der Dauer des Concurses zufällt, der freien Verfügung desselben entzogen."

„Die Gesammtheit derjenigen Gläubiger, deren Ansprüche zur Zeit der Concurseröffnung bestanden haben, erlangt das Recht, dieses Vermögen nach den Bestimmungen der gegenwärtigen Concursordnung in Verwahrung und Verwaltung zu nehmen und zu ihrer Befriedigung zu verwenden."

Ergänzend bestimmen § 3 C.O., dass jede Verfügung oder Rechtshandlung[1]) des Gemeinschuldners, welche sein zur Masse gehöriges Vermögen betrifft, „gegenüber der Gläubigerschaft ungültig" ist, und § 9 C.O., dass Processe gegen den Gemeinschuldner wie ausserhalb des Concurses anhängig gemacht oder fortgesetzt werden können, wenn sie sich auf seine Person oder ein durch die Concurseröffnung seiner Verfügung nicht entzogenes Vermögen beziehen.[2])

---

[8]) v. Canstein in Grünhut's Ztschr. IX S. 481 ff.; Schwarz S. 64 ff.

[1]) Ueber die Worte „Verfügung oder Rechtshandlung" vgl. Krasnopolski, Studien zum Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner (in Grünhut's Ztschr. XIV S. 66 ff.); über den terminus „Rechtshandlung" auch Hartmann, Anfechtungsrecht S. 37 ff.

[2]) Gl.U. No. 7015, 7153.

II. In diesen 3 Paragraphen ist die äusserst wichtige Frage nach der Recht- und Handlungsfähigkeit sowie der Dispositionsbefugniss des Gemeinschuldners (insbesondere in Rücksicht des Concursvermögens) behandelt. Diese Frage gehört zu den bestrittensten des Concursrechtes. Bei ihrer Untersuchung ist festzuhalten, dass es neben dem Concursvermögen des Gemeinschuldners auch ein dem Concurse nicht unterliegendes Vermögen desselben giebt (z. B. der Execution nicht unterliegendes Vermögen, oder im Auslande liegendes unbewegliches Vermögen, oder solches Vermögen, welches thatsächlich in das Concursverfahren nicht einbezogen wird), ferner dass es auch nicht-vermögens-rechtliche Ansprüche und Verpflichtungen des Gemeinschuldners giebt.

Für das Concursvermögen sind die nachfolgenden Theorien aufgestellt worden:

a) Die Theorie der Universalsuccession, des Ueberganges aller Activa und Passiva vom Gemeinschuldner auf die Gläubiger; die ältere gemeinrechtliche Literatur[3]) vertrat diese jetzt mit vollem Rechte allgemein abgelehnte Lehre. Das Gesetz gewährt ihr nicht den geringsten Anhaltspunkt, widerspricht vielmehr ausdrücklich durch die im § 8 C. O. statuirte Unterbrechung und Hemmung der Verjährung; auch müssten im Fall einer Universalsuccession die Forderungen der Concursgläubiger an den Gemeinschuldner durch confusio erlöschen, die Verpflichtungen des Gemeinschuldners auf die Concursgläubiger übergehen.

b) Die Theorien der Singularsuccession in verschiedenen Formen. Die Concursgläubiger werden bald als Assignatare,[4]) bald als Cessionare,[5]) bald als Repräsentanten[6]) des Gemeinschuldners angesehen. Diese Theorien sind dem späteren gemeinen Recht eigen, derzeit gleichfalls sämmtlich mit Recht abgelehnt. Die C.O. widerspricht ihnen mit den Bestimmungen über die Fort-

---

[3]) Leyser, medit. 173 n. 4; 220 n. 6; weitere Literatur bei Seuffert, Zur Gesch. und Dogm. d. dtsch. Concursrechts S. 69. In der älteren deutschen Gesetzgebung hat sie keinen Boden; Stobbe a.a.O. S. 40 ff.

[4]) Schweppe, System des Concurses d. Gläubiger nach gem. Rechte (1829) § 59.

[5]) Kori, Syst. d. Concursproc. § 49 f.; Gensler im Arch. für civ. Prax. II S. 348.

[6]) Vgl. Seuffert a.a.O. S. 71. Die Successionstheorien spuken noch in Entsch. des O.G.H.; vgl. Gl.U. No. 4746; Spruch-Rep. No. 149.

setzung der gehemmten Processe, über die Verjährung und durch den § 55 direct.

An diese Theorien knüpfen jedoch zwei andere an, welche noch heute von grosser Bedeutung sind.

c) Die Pfandrechtstheorie,[7]) welche lehrt, jeder einzelne Concursgläubiger erlange durch die Concurseröffnung das Pfandrecht an dem Concursvermögen. Gegen diese Theorie sprechen folgende Gründe: der Wortlaut des Gesetzes gewährt ihr keine Stütze; das „Pfandrecht" wird an unbestimmte Personen deferirt (da ja bei der Concurseröffnung nicht bekannt ist, wer Concursgläubiger und wer concurrirender Gläubiger sein wird); es wird ein Generalpfandrecht construirt, welches das geltende Executionsrecht nicht mehr kennt; dieses Pfandrecht wird (gegen die civilistischen Rechtsregeln) ohne Besitzergreifung erworben; die Befugnisse der Concursgläubiger decken sich nicht mit jenen der Pfandgläubiger.

d) Die Beschlagsrechtstheorie,[8]) welche lehrt, die Concursgläubiger als Gesammtheit erlangen durch die Concurseröffnung ein dingliches pfandrechtartiges Recht als Accessorium ihrer Forderung zum Zwecke ihrer Befriedigung durch Verwaltung und Realisirung des Concursvermögens.

Diese Theorie vermeidet den Namen des Pfandrechtes; thatsächlich aber kann man sich unter dem Beschlagsrecht kaum etwas Anderes vorstellen als ein Pfandrecht, wie denn auch Kohler selbst (im § 7 seines Leitfadens) die beiden termini verwechselt. So sind denn auch gegen die Beschlagsrechtstheorie die Bedenken gegen die Pfandrechtstheorie in Kraft: Unbestimmtheit der Subjecte (noch erhöht durch die Annahme einer Gläubigergemeinschaft), Mangel der Besitzergreifung, Generalpfandrecht. Auch kann man zwar in das Wort „Beschlagsrecht" alle Befugnisse hineinpressen welche den Concursgläubigern zustehen, und alle weglassen, die

---

[7]) Seuffert, S. 81 ff.; vor ihm mit verschiedenen Abweichungen Kaserer S. 34; Puchta, Concurspr. S. 17, 285; Bayer S. 83. Gegen Seuffert Fierich in Grünhut's Ztschr. XVI S. 480 ff.; Oetker, Einfluss d. C.Eröffnung auf zweiseitige Verträge (in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XIV S. 4 ff.). Dagegen ähnlich wie Seuffert Thiele, Die Widerspruchskl. des § 690 C.P.O. (im Arch. f. civ. Praxis 84. B. S. 101 ff.).

[8]) Kohler, Lehrb. d. Concursrechts S. 98—152; Leitfaden § 7; v. Canstein in Grünhut's Ztschr. XIX S. 677 ff.; Klein in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XIX S. 494 ff.; vgl. Schwarz S. 36 ff., 67 ff.

ihnen nicht zustehen; insoferne ist man mit diesem Wort Beschlagsrecht besser daran als mit jenem des Pfandrechtes. Allein eine Erklärung ist das nicht. Wie erklärt die Annahme eines ius ad rem (des Beschlagsrechtes) die Thatsache, dass die vom Masseverwalter geschlossenen Verträge den Gemeinschuldner nach der Concursaufhebung binden, dass die Urtheile in Rückforderungsprocessen res iudicata gegen den Gemeinschuldner machen?

Kohler's Theorie ist darum abzulehnen.[9]) In ihrer Umgestaltung durch Schwarz, der dem Beschlagrecht den dinglichen Charakter nimmt, ist sie völlig nutzlos. Was erklärt denn ein obligatorisches Beschlagrecht, d. i. ein pfandrechtartiges, aber nicht dingliches Recht?

e) Diesen Theorien gegenüber steht die sog. publicistische Theorie, richtiger wohl Vertretungstheorie.[10]) Nach ihr bleibt der Gemeinschuldner das Subject seiner Activa und Passiva, auch soweit sie in den Concurs fallen, und wird nur im Interesse seiner Gläubiger der Dispositionsbefugniss über sein Concursvermögen entkleidet; d. h. seine Rechtshandlungen, obgleich gültig, bringen in Bezug auf dieses Vermögen während des Concursverfahrens nicht die ihnen sonst zukommende Wirkung hervor.[11]) In der Verwaltung seines Concursvermögens wird der Gemeinschuldner vertreten. Diese Vertretung wird bald den Gläubigern in ihrer Gesammtheit (Gläubigerschaft),[12]) bald dem Masseverwalter zugeschrieben.[13]) Aus dieser Theorie, welche die Vertretung der Interessen (der Gläubiger) und der Rechte und Pfichten (des Gemeinschuldners) scharf trennt, erklärt sich ungezwungen die Wirkung der Handlungen (wenn auch nicht aller Handlungen, siehe IX) des Vertreters für und wider den Gemeinschuldner: es sind eben Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners, welche vertreten werden.

---

[9]) Vgl. Petersen in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XVII S. 178 ff.

[10]) Sie ist die herrschende Lehre; Karl Fuchs, Concursvers. S. 44; Förster, Theorie u. Praxis d. preuss. Privatr. I § 113 (2. Aufl.); Petersen in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. IX S. 1 ff.; Endemann S. 109 ff.; Fitting S. 30 ff.; dtsch. R.G. XIV No. 115, 116; XXIX No. 10, 21; dagegen Mitteis, Lehre von der Stellvertretung S. 4 ff.; Fischer in Ztschr. f. deutsch. Civilpr. X S. 436 und die in Anm. 7 und 8 Citirten.

[11]) Krasnopolski in Grünhut's Ztschr. XVI S. 53.

[12]) v. Canstein in Grünhut's Ztschr. IX S. 467 ff.; Schwarz S. 67 ff.

[13]) Petersen in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. IX S. 60 ff.

f) Um dem scheinbaren Widerspruch zu begegnen, dass der Gemeinschuldner, aber nicht in seinem, sondern in seiner Gläubiger Interesse vertreten wird, hat man bisweilen die Concursmasse personificirt.[14]) Der Widerspruch besteht nicht; überdies kommt die Personification der Concursmasse in unentwirrbaren Widerspruch gegen die richtige Annahme, dass der Gemeinschuldner Subject seiner Rechte und Verpflichtungen bleibt.

III. Aus den §§ 1, 3, 6 und 9 C.O. (namentlich e contrario aus § 6 C.O.) ergiebt sich zunächst, dass der Gemeinschuldner als Person bestehen bleibt, daher, wenn eine juristische Person Gemeinschuldner ist, sie ihre Organe auch während des Concurses — wenn auch mit sehr eingeschränkter Wirksamkeit — behält.[15]) Dem Gemeinschuldner verbleibt rücksichtlich jener Rechte und Verbindlichkeiten die volle Rechts- und Handlungsfähigkeit einschliesslich der Dispositionsbefugniss auch während des Concursverfahrens, welche nicht zum Concursvermögen (s. darüber § 57) gehören.

Der ausgesprochene Satz bedarf jedoch einer Einschränkung. Begnügt man sich nämlich damit, dass ein Anspruch oder eine Verpflichtung „nicht zum Concursvermögen gehöre," so fallen alle Rückforderungsansprüche gegen den Gemeinschuldner (§ 26 C.O.) aus dem Concursverfahren. Denn wenn der Rückforderungsanspruch gerechtfertigt ist, so gehört die rückgeforderte Sache ja nicht zum Concursvermögen. Man muss darum einschränkend sagen: der Gemeinschuldner behalte die volle Rechts- und Handlungsfähigkeit während des Concursverfahrens nicht bezüglich jener Rechte und Verbindlichkeiten, welche, soferne er berechtigt und verpflichtet ist, dem Concursvermögen zugehören.[16])

Zu den Rechten und Pflichten, bezüglich welcher der Gemeinschuldner durch den Concurs unbeeinflusst bleibt, gehören im Sinne des § 1 C.O. vor Allem die höchst persönlichen, z. B. aus dem Familienverhältnisse[17]) oder aus dem Urheberrechte und Patentrechte entspringenden Rechte, soweit die letzteren nicht vermögens-

[14]) Völderndorff, Comm. zur C.O. S. 39ff., 127 f.; dtsch. R.G. XIV No. 81; XXXIII No. 90; vgl. auch v. Canstein in Grünhut's Ztschr. IX S. 465; Endemann, das deutsche Concursverfahren S. 214 ff.

[15]) v. Canstein, Lehrb. d. Handelsrechts I S. 604.

[16]) Petersen in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. IX S. 42 ff.

[17]) Gl.U. No. 7334, 7418, 12670.

rechtlicher Natur sind,[18]) ebenso das Recht auf Herausgabe einer Zeitung. Weiters gehört auch eine Reihe vermögensrechtlicher Ansprüche hieher.

Der Umfang des Vermögens (an Activen und Passiven) bezüglich dessen der Gemeinschuldner auch während des Verfahrens diese volle Dispositionsbefugniss behält, ist freilich nicht erheblich, namentlich deshalb nicht, weil nach § 1 C.O. zum Concursvermögen nicht bloss das zur Zeit der Concurseröffnung vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners, sondern auch jenes gehört, welches ihm während des Concursverfahrens (auf welche Weise immer) „zufällt." Doch sind immerhin Fälle denkbar.

a) Ein solcher Fall liegt z. B. bei Alimentationsansprüchen vor, für welche das der Execution entzogene Gehaltsminimum vom Staats- und Privatbeamten nicht 800 fl., sondern 300 fl. beträgt, resp. der Gehalt vollkommen executirbar ist.[19]) Liegt nur ein solcher Alimentationsanspruch vor, so ist der Gemeinschuldner rechts- und verpflichtungsfähig, soweit nicht der 800 fl. übersteigende Gehalt in Anspruch genommen wird.

b) Ein zweiter Fall liegt vor, wenn der Gemeinschuldner in die Dienste der „Concursmasse" tritt, d. h. seine Dienste der Verwerthung und Versilberung des Concursvermögens zu Gunsten seiner Concursgläubiger widmet. Hiefür wird ihm häufig ein Entgelt zugesichert, rücksichtlich desselben angenommen werden muss, dass es nicht zum Concursvermögen gezogen wird.

c) Dasselbe gilt von dem im Sinne des § 5 al. 3 C.O dem Gemeinschuldner aus dem Concursvermögen als Unterhalt für sich und die Personen, welchen ihm gegenüber ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch zusteht,[20]) bewilligten Einkommen. Dasselbe fällt

---

[18]) Vgl. Anders, Beitr. z. Lehre v. liter. u. artist. Urheberrecht S. 135 ff.; Kaiser in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XXI S. 201 ff., der die vermögensrechtliche Seite des Urheberrechtes scharf von der persönlichen trennt; ferner Oetker, Einfluss der Eröffnung des Concursverfahrens auf zweiseitige Verträge (in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XIV S. 20), woselbst weitere Literatur. S. § 14 d. Ges. v. 26. December 1895 No. 197; und unten § 57.

[19]) Ges. v. 21. April 1882 R.G.B. No. 123 § 1; Ges. v. 29. April 1873 R.G.B. No. 68, § 7.

[20]) Vgl. v. Hussarek, Die familienrechtl. Alimentation nach österr. Recht (in Grünhut's Ztschr. XX S. 481 ff., 554 ff.); Lössl, Bemerkungen z. Lehre v. der Alimentation (in Jur.Bl. 1892 S. 473, 517, 520).



nicht in das Concursvermögen, ist darum auch dem Zugriff der Concursgläubiger entzogen.[21])

d) Auch der Erwerb des Gemeinschuldners während des Concursverfahrens, welcher nach § 1 C.O. in das Concursvermögen fällt, scheidet aus demselben aus, insoweit er zu dem Unterhalt des Gemeinchuldners und der eben genannten Personen erforderlich ist.[22])

e) Endlich können auch bestimmte andere Vermögensstücke durch die mit der Verwaltung der Concursmasse betrauten Personen aus dem Concursvermögen ausgeschieden werden, zu welchem sie bestimmungsgemäss gehören.[23])

Rücksichtlich des dem Concursvermögen nicht zuzuziehenden Vermögens ist der Gemeinschuldner vollkommeu rechts- und handlungsfähig, sowie dispositionsfähig, auch activ und passiv zu Processen legitimirt. Solche Processe werden auch durch eine Concurseröffnung nicht unterbrochen. Die einzelnen concurrirenden Gläubiger und die Massegläubiger dürfen während des Concurses auf diese Vermögenstheile nicht greifen. Ebenso gilt dies, wie begreiflich, von den Ansprüchen auf eine persönliche Leistung, Duldung und Unterlassung des Gemeinschuldners oder an den Gemeinschuldner.

IV. Die Recht- und Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners während des Concurses zeigt sich ferner darin, dass er den Antrag auf Abschluss eines Zwangsausgleichs stellt (§ 207 C.O.). Nur er kann diesen Antrag stellen, und er muss, wenn möglich, persönlich oder doch durch einen freiwilligen Vertreter bei der Ausgleichstagfahrt erscheinen (§ 215 C.O.). Ebenso schliesst der Gemeinschuldner selbst den in den §§ 156 ff. C.O. vorgesehenen Vergleich. Diese Vorschriften erzwingen die Annahme der Rechts- und Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners.

---

[21]) Gl.U. No. 4020, 7086.

[22]) Es besteht eine Controverse, ob dieser Erwerb aus der Concursmasse ausscheide (Deutsch in G.H. 1892 No. 33; v. Schrutka, Compensation im Concurse S. 70 ff.; Kissling S. 12), oder ob er von vorneherein nicht zur Concursmasse gehöre (Kaserer S. 31; Schwarz S. 53; Ofner in G.H. 1892 No. 53); das Erste ist richtig.

[23]) Krainz-Pfaff I S. 156; vgl. Kissling S. 19 u. § 10 C.O.; Gl.U. No. 7015; unrichtig Gl.U. No. 7153; vgl. § 11 dtsche. C.O. Ueber den Unterschied zwischen Soll-Masse und Ist-Masse s. § 57.

V. Dieselbe zeigt sich weiters auch darin, dass er selbst während des Verfahrens rücksichtlich des Concursvermögens mit Wirkung Verfügungen treffen kann, nämlich mit Wirkung nach beendetem Concurse.[24]) Während des Verfahrens kann der Gemeinschuldner über das Concursvermögen letztwillig und unter Lebenden verfügen; nur hängt die Wirkung dieser Verfügungen davon ab, dass der Concurs im Zeitpunkte ihres Eintrittes aufgehoben ist.

VI. Auch während des Concursverfahrens und in Rücksicht des (wirklichen) Concursvermögens (der Ist-Masse) ist die Rechts- und Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners unbeschränkt; er verpflichtet sich durch alle seine „Verfügungen oder Rechtshandlungen" (§ 3 C.O.) (z. B. durch Uebernahme von Wechselverpflichtungen), er verpflichtet auch seine Contrahenten. Die zwischen ihnen vorgenommene Verfügung oder Rechtshandlung ist giltig, wenn auch regelmässiger Weise von Seiten des Contrahenten anfechtbar.[25]) Diese Rechts- und Handlungsfähigkeit ist auch ausdrücklich in den §§ 55 und 119 C.O. anerkannt: der Gemeinschuldner darf die Richtigkeit angemeldeter Ansprüche bestreiten, wenn auch der Masseverwalter sie anerkennt. Eine Consequenz dieser Bestreitung ist dann, dass der Anspruch ausserhalb des Verfahrens und nach dem Concursverfahren nicht als dem Gemeinschuldner gegenüber festgestellt gilt, und dass daher auf Grund der Feststellung im Liquidationsverfahren des Concurses gegen den Gemeinschuldner keine Execution geführt werden darf (was zulässig ist, wenn er nicht bestritten hat). Eine weitere Anerkennung der Handlungsfähigkeit ist im § 146 C.O. enthalten: gegen den ausdrücklichen Einspruch des Gemeinschuldners darf eine Veräusserung seiner Forderungen aus freier Hand unter dem Nominalwerth nicht geschehen.

Nur fehlt dem Gemeinschuldner für die Dauer des Concursverfahrens rücksichtlich des wirklichen Concursvermögens (der Ist-Masse) die Verfügungsbefugniss (Dispositionsbefugniss, §1 C.O.); insoweit er trotz dieses Mangels „Verfügungen oder Rechshandlungen" setzt, welche für diesen Zeitraum und für das Concursver-

[24]) § 119 C.O. Krainz-Pfaff I S. 156; vgl. Schiffner § 54.

[25]) Vgl. Meissels, Zur Lehre vom Verzichte (in Grünhut's Ztschr. XIX S. 71 Anm. 150a). Der Gemeinschuldner kann sich unter Umständen durch solche Verfügungen oder Rechtshandlungen auch strafbarer Handlungen (des Betruges, der Veruntreuung) schuldig machen.



mögen wirksam sein sollen, sind diese Verfügungen oder Rechtshandlungen zwar allgemein (insbesondere auch nach Aufhebung des Concursverfahrens, § 55 C.O.) giltig; „gegenüber der Gläubigerschaft" sind diese Verfügungen und Rechtshandlungen des Gemeinschuldners jedoch ungiltig (§ 3 C.O.).

Der Vertreter des Gemeinschuldners im Concursverfahren braucht nicht wie der Contrahent des Gemeinschuldners diese Verfügungen oder Rechtshandlungen anzufechten; dieselben sind vielmehr ohne Weiteres der „Gläubigerschaft," der „Concursmasse," d. i. den concurrirenden Gläubigern gegenüber, also relativ nichtig.[26]) Auf diese relative Nichtigkeit kann von den genannten Vertretern des Gemeinschuldners allerdings verzichtet werden, und dies wird z. B. dann geschehen, wenn die betreffende Handlung des Gemeinschuldners unnachtheilig war; er hat z. B. eine Zahlung nach eröffnetem Concurse angenommen und an den Masseverwalter abgeführt. Aber wenn ein solcher Verzicht nicht erfolgt, tritt die relative Nichtigkeit ein.

VII. Dieselbe trifft in sachlicher Beziehung alle „Verfügungen oder Rechtshandlungen" des Gemeinschuldners rücksichtlich des Concursvermögens (§ 3 C.O.) und in zeitlicher Hinsicht alle Verfügungen und Rechtshandlungen desselben, welche nach der Mitternacht vor dem Tage der Concurseröffnung (§ 2 C.O.) bis zur Concursaufhebung gesetzt sind.

Im Einzelnen wird bemerkt:

a) Verfügung oder Rechtshandlung[27]) sind sehr weitgreifende termini, welche alles rechtserhebliche Handeln und Unterlassen des Gemeinschuldners in sich fassen. Alle entgeltlichen und unentgeltlichen Verträge, ebenso alle einseitigen Acte des Gemeinschuldners, z. B. Zahlungen, Sicherstellungen, alle Unterlassungen desselben, z. B. die unterlassene Klageführung, der unterlassene Erbschaftsantritt fallen unter diese termini, insoweit diese Acte

---

[26]) Vgl. Unger, System I S. 149 ff.; Krainz-Pfaff I S. 292 ff.; Burckhard II S. 437 ff.; Hasenöhrl, Oesterr. Obligationenrecht I § 55; Meissels a. a. O. S. 70 ff. Von den sonstigen Fällen der relativen Nichtigkeit unterscheidet sich die des § 3 C.O. dadurch, dass sie nicht bei einem der Contrahenten, sondern nur rücksichtlich eines bestimmten Vermögenstheiles eines Contrahenten, dagegen ipso jure eintritt.

[27]) Vgl. §§ 2, 3, 6 Anf.Ges. und das Urtheil des deutschen R.G. v. 30. October 1888 in der Juristischen Wochenschrift 1889 S. 20.

unmittelbar oder mittelbar auf das Concursvermögen Wirkungen haben oder haben können oder haben sollen.

Irrelevant ist auch, ob der Gemeinschuldner die Verfügung oder Rechtshandlung selbst gesetzt hat oder durch freiwillige oder (z. B. bei Minderjährigen) gesetzliche Vertreter[28]) hat setzen lassen. Irrelevant ist endlich, ob die Dispositionsunfähigkeit (bei Setzung der Verfügung oder Rechtshandlung oder später) bekannt war. Denn es handelt sich hier um die Fähigkeit, nicht um den guten oder bösen Glauben.

b) Auch vor der Concurseröffnung gesetzte Verfügungen oder Rechtshandlungen des Gemeinschuldners entgehen der relativen Nichtigkeit nicht, wenn sie nach der im § 2 C.O. normirten Frist gesetzt sind; es ist ohne Einfluss, ob der Gemeinschuldner oder der Bedachte Kenntniss haben konnte, mit Grund annehmen konnte, es werde die Concurseröffnung erfolgen. Umsomehr sind Verfügungen oder Rechtshandlungen relativ nichtig, welche nach der Concurseröffnung gesetzt wurden.

Doch bestehen Ausnahmen von diesen Sätzen. Der Gemeinschuldner ist bisweilen auch rücksichtlich des Concursvermögens und während des Verfahrens dispositionsfähig. Die Fälle der §§ 119, 146, 156 und 207 C.O. sind schon genannt worden. Zu denselben kommt noch eine Ausnahme für geleistete schuldige Zahlungen. Sind sie an den Gemeinschuldner geleistet und von diesem dem Concursvermögen zugeführt worden, so sind sie unbedingt giltig. Sind sie von dem Gemeinschuldner geleistet worden, so sind sie in jenem Betrage giltig, welcher der auf den (bezahlten) Gläubiger in der concursmässigen Vertheilung entfallenden Quote gleichkommt; der Mehrbetrag ist vom Gläubiger zum Concursvermögen zurückzuvergüten, u. z. sobald die Quote feststeht.[29]) Ist endlich an den Gemeinschuldner geleistet worden, das Empfangene aber von diesem an die Masse nicht abgeführt worden, so ist die Zahlung dennoch giltig; jedoch nur dann, wenn der zahlende Gläubiger den Exculpationsbeweis darüber führt, dass ihm zur Zeit der geleisteten Zahlung die Concurseröffnung nicht bekannt sein konnte[30]) (§ 3 C.O.). Die Ausnahme des § 3 C.O. bezieht sich

[28]) Natürlicher Weise nicht durch die nach der C.O. gesetzten Vertreter.

[29]) Gl.U. No. 6585. Gegen diese Bestimmung des § 3 C.O. Kokesch, Einige Bemerkungen zu § 6 A.G. u. § 3 C.O. (in Jurist.Bl. 1895 No. 28).

[30]) Z. B.: der zahlende Gläubiger wohnt in Brasilien.

nur auf „Zahlungen“ (datio in solutum, ferner nach § 20 C.O. auch auf Compensationen), daher nicht auf Sicherstellungen,[31] ferner auch nicht auf andere freiwillige Tilgungsarten, z. B. den Erlass. Die Ausnahme ist weiter beschränkt durch die Vorschriften der §§ 3 und 6 des Anfechtungsgesetzes.

c) Jene Handlungen und Unterlassungen des Gemeinschuldners, welche derselbe vor dem im § 2 C.O. bestimmten Zeitpunkt gesetzt hat, sind nicht nichtig, sondern nur nach dem Anfechtungsgesetz anfechtbar.

VIII. Aus den Sätzen: dass der Gemeinschuldner auch während des Concursverfahrens und rücksichtlich des Concursvermögens seine Rechts- und Handlungsfähigkeit behält, dass dagegen seine Dispositionsbefugniss rücksichtlich des Concursvermögens aufgehoben ist, ergeben sich folgende Consequenzen.

Diese Dispositionsbefugniss wird statt durch den Gemeinschuldner durch den ihm nach der Concursordnung gesetzten Vertreter ausgeübt. Dieser Vertreter ist der Masseverwalter,[32] eventuell sein Stellvertreter oder die nach § 82 C.O. gesetzten besonderen Verwalter. Dieselben verwalten nicht eigene Rechte, auch mit der Ausnahme der Anfechtungsansprüche nicht solche der Concursgläubiger, sondern sie verwalten das Concursvermögen, d. i. Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners. Sie übernehmen das Concursvermögen (zur Verwaltung) mit den Rechten und Pflichten des Gemeinschuldners[33] (soweit nicht das Anfechtungsgesetz eingreift), daher auch mit den anhängigen Processen, welche zum Zwecke der Anmeldung, eventull der Aufnahme durch den Vertreter unterbrochen werden (§§ 7, 10 C.O.; Ausnahmen s. sub III). Was diese Vertreter daher an Verbindlichkeiten erfüllen und an Rechten erwerben, geschieht rechtlich für den Gemeinschuldner. Dieser erwirbt die aus der Concursverwaltung sich ergebenden Rechte und Pflichten, Vortheile und Lasten.

In Gemässheit dieses Grundsatzes bleibt er z. B. Eigenthümer seiner Realitäten,[34] und wird Eigenthümer von Realitäten, welche

---

[31] Gl.U. 4090; Nowak IV No. 454.

[32] A.M. Schwarz S. 67.

[33] Entsch. v. 24. August 1893 Z. 9726 (Jur.Bl. 1893 S. 455). Darum muss beim Masseverwalter der Wechselprotest gegen den Gemeinschuldner erhoben werden.

[34] Die Concurseröffnung ist im Grundbuche lediglich anzumerken (§ 20 lit. a Grundb.Ges.).

der Masseverwalter etwa erwirbt.[35]) Ebenso wird durch die Fortführung des Geschäftes des Gemeinschuldners (§ 142 C.O.) dieser dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet, und der Gewinn von Processen (mit Ausnahme der Anfechtungsprocesse, § 24 A.G.) kommt ihm zu Gute.

Daraus folgt, dass in Processen der „Concursmasse," d. i. in solchen Processen, welche das im § 1 C.O. genannte Vermögen des Gemeinschuldners betreffen, der Gemeinschuldner Processpartei, daher fähig ist, Parteieide zu leisten, und als Partei eidlich vernommen zu werden, dagegen nicht zeugnissfähig ist,[36]) auch nicht als Intervenient oder Streitgenosse dem Processe beitreten darf.[37]) Dass daneben nach § 373 C.P.O. auch der Masseverwalter als Partei vernommen werden darf, ist legislativ berechtigt,[38]) alterirt aber den entwickelten Grundsatz nicht.

Die Processkosten fallen demgemäss dem Gemeinschuldner (in das Concursvermögen) zu, resp. sind von ihm (zunächst als Massekosten aus dem Concursvermögen) zu tragen.[39])

Wird der Concurs aufgehoben, so tritt der Gemeinschuldner in diese aufgezählten Rechte und Verbindlichkeiten, die seine Vertreter im Concurse ihm beschafft haben, nicht erst ein; er hat sie schon, und erlangt durch die Concursaufhebung nur die Disposi-

---

[35]) Der Gemeinschuldner ist als Eigenthümer zu intabuliren, das Concursverfahren anzumerken. Aus dieser Anmerkung entstehen keinerlei dingliche Rechte; Gl.U. No. 6760.

[36]) Dieser Punkt ist äusserst strittig; wie Text Gl.U. No. 5112, 4640, 6273, 8751; Winterhalder, Die Beweisführung im Liquid.-Verf. im Concurs (in G.H. 1874 No. 9); jedoch vielfach mit unrichtiger Bezugnahme auf das durch Art. I des Einf.G. aufgehobene Hfd. v. 19. April 1841 J.G.S. No. 518; entg. Spr.Rp. No. 149, Gl.U. No. 5819, 4821, 6234, 4746. Anders steht es theoretisch in Anfechtungsprocessen; s. im Text sub IX. — Für das deutsche Recht vgl. Oetker, Concursr. Grundbegr. I S. 316 ff.; Stegemann in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XVII S. 326 ff.; Petersen, i. e. l. XVIII S. 1 ff.

[37]) A. M. Schwarz S. 69; auch Gl.U. No. 5112.

[38]) Der Gemeinschuldner hat ja regelmässig kein Interesse an der Eidesleistung. Vgl. Spr.Rep. 149.

[39]) A. M. Schwarz S. 149; Kaserer S. 69; Seuffert, Zur Gesch. u. Dogm. d. dtsch. Concursrechts, S. 167; Kohler, Lehrb. S. 386 ff.; wie Text Oetker in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XIV S. 12. Eine Mittelmeinung vertritt v. Schrutka, Compensation S. 72 f. Die Kosten der Anfechtungsprocesse sind ausgenommen.



tionsbefugniss rücksichtlich des dem Concursverfahren unterzogenen Vermögens wieder. Ohne Weiteres macht er demnach die ihm während des Concursverfahrens erworbenen obligatorischen und dinglichen Ansprüche geltend, und muss die auf ihn gelegten Verbindlichkeiten, z. B. zur Erfüllung von Verträgen, zur Zahlung von Processkosten erfüllen.[40]) Aus dem Wesen der durch den Masseverwalter für ihn geübten Vertretung ergiebt sich auch, dass er für dessen Massekosten nicht bloss mit seinem Concursvermögen, sondern mit seinem ganzen (etwa später erworbenen) Vermögen haftet.[41])

Diese Grundsätze stehen im Widerspruch mit § 160 al. 3 C.O.[42]) Dort ist bestimmt, dass die Massegläubiger ihre Klage „mit Beschränkung auf das zur Masse gehörige Vermögen durchzuführen haben.“ Diese Vorschrift entspringt der irrigen Theorie des Gesetzgebers, dass die „Gläubigerschaft“ kraft eigenen Rechtes das Concursvermögen verwalte, daher Schuldnerin der Massegläubiger sei. Die Unrichtigkeit der Theorie ist im § 47 nachgewiesen; sie bindet nicht. Wohl aber bindet § 160 C.O., mit dem man sich darum auseinandersetzen muss. Seine wörtliche Auslegung würde zur Folge haben, dass der Gemeinschuldner für die Verbindlichkeiten, welche in seiner Vertretung während des Concursverfahrens übernommen wurden, nicht persönlich, sondern nur mit dem Concursvermögen haftet. Diese wörtliche Auslegung ist unzulässig; denn sie hätte beispielsweise zur Folge, dass er angekaufte Waaren zu Eigenthum erhält, erstandene Realitäten erwirbt, aber den Kaufpreis nur nach Maassgabe des Concursvermögens zu zahlen hat. § 160 al. 3 C.O., der einem Missverständnisse des Gesetzgebers seine Existenz verdankt, muss daher einschränkend ausgelegt werden.[43]) Der Gemeinschuldner wird durch die Handlungen des Masseverwalters persönlich berechtigt und verpflichtet, soweit der Verwalter ihn vertritt; nur kann während des Concursverfahrens

[40]) Dass der Gemeinschuldner nur mit seinem Concursvermögen hafte, müsste expresse im Gesetz stehen; a. M. wohl v. Canstein in Grünhut's Ztschr. IX S. 479.

[41]) Ausnahme: Anfechtungsprocesse. Für den Fall der Concursaufhebung auf Grund eines Zwangsausgleichs trifft das Ges. im § 235 C.O. besondere Vorsorge.

[42]) Nicht auch mit § 133 al. 2 C.O.

[43]) Die Bereicherungsklage genügt nicht; § 1035 a.b.G.B. ist unanwendbar.

die Klage des Massegläubigers zwar unbedingt auf Feststellung, aber auf Befriedigung nur, soweit das Massevermögen reicht, angestellt werden. Hinsichtlich des Uebermaasses dieser Masseschulden bedarf es dann nach der Beendigung des Verfahrens einer neuen Klage gegen den Gemeinschuldner.

IX. Die Concursordnung hat demnach die Beziehungen zwischen dem Gemeinschuldner, den Concursgläubigern und dem Masseverwalter nach dem durchgreifenden Princip der Vertretung geordnet.[44]) Das Anfechtungsgesetz hat dieses Princip nur scheinbar aufgegeben. Zwar vertritt nach demselben der Masseverwalter nicht den Gemeinschuldner, sondern die Concursgläubiger; allein dies ist gleichfalls ein Ausfluss des Principes der Vertretung.

Nach § 16 des Anfecht. Ges. ist zur Anfechtung im Concurse „die Gläubigerschaft, vertreten durch den Masseverwalter," berufen. Das Anfechtungsrecht steht demnach den Concursgläubigern zu, die Ausübung desselben, die Dispositionsbefugniss, ist ihnen jedoch entzogen, und ausschliesslich dem Masseverwalter gegeben.[45]) Hier vertritt der Masseverwalter nicht den Gemeinschuldner und dessen Vermögen,[46]) denn dem Gemeinschuldner stehen die Anfechtungsansprüche nicht zu; sondern der Masseverwalter vertritt hier die Concursgläubiger.

Rechte und Pflichten, welche aus der Geltendmachung dieser Anfechtungsansprüche sich ergeben, treffen demgemäss zwar vermöge des positiven Gesetzes (§§ 17, 23 Anf. Ges., § 29 C. O.) das Concursvermögen, aber nicht den Gemeinschuldner (§ 24 Anf. Ges.). Darum haftet derselbe z. B. für die Kosten verlorener Anfechtungsprocesse oder für die Kosten des Masseverwalters rücksichtlich der Geltendmachung solcher Ansprüche nur mit seinem Concursvermögen, kann aber andererseits aus gewonnenen Anfechtungsprocessen für sich nach der Concursaufhebung nichts in Anspruch nehmen. Nur bezüglich der processualen Stellung des Gemeinschuldners giebt es von diesen Sätzen die positive Ausnahme des § 373 C. P. O., nach welcher der Gemeinschuldner in Anfechtungsprocessen

---

[44]) Der unklare Ausdruck der C. O. „Gläubigerschaft" thut dem keinen Eintrag. Siehe § 47.

[45]) Menzel, Anfechtungsr. S. 285 ff.; Steinbach S. 94; vgl. R. Pollak in Jur. Bl. 1892 No. 46.

[46]) So die herrschende deutsche Lehre; vgl. Wach, Handb. I S. 589; a. M. Petersen, in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. IX S. 47 ff.

wohl wie die Partei vernommen werden kann, aber weder Intervenient noch Zeuge sein darf.

X. Aus der unrichtigen Terminologie der C.O., welche den Masseverwalter als Vertreter der „Gläubigerschaft" bezeichnet (§ 76 C.O.) folgert man mit Unrecht, dass im Strafverfahren wider den Gemeinschuldner der Masseverwalter Privatbetheiligter im Sinne des § 47 St.P.O. sei, und sich als solcher dem Strafverfahren anschliessen könne.[47]) Privatbetheiligte sind übrigens nicht einmal die einzelnen Gläubiger.

XI. Zusammengefasst ergiebt sich folgendes: der Gemeinschuldner bleibt rechts- und handlungsfähig, verliert dagegen die Dispositionsbefugniss über das Concursvermögen. Er wird in Ausübung derselben vom Masseverwalter vertreten und haftet im Umfange dieser Vertretung für die civilrechtlichen Folgen der Handlungen des Masseverwalters unbeschränkt.

Der Letztere hat überdies im Concurse noch die Gläubiger rücksichtlich der Anfechtungsrechte zu vertreten. Für diese Handlungen des Masseverwalters haftet der Gemeinschuldner nur mit dem Concursvermögen.

§ 30. Die Person des Gemeinschuldners im Concurse.

I. Grundsätzlich ergreift nach § 1 C.O. der Concurs nur das der Execution unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, nicht auch dessen Person. Daraus ergiebt sich, dass die höchst persönlichen Ansprüche und Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners vom Concurse nicht getroffen werden (s. § 29 III). Weiters folgt aus diesem Grundsatz, dass der Gemeinschuldner zur Entfaltung persönlicher Thätigkeit zu Gunsten des Concursvermögens nicht gezwungen wird.[1]) Er kann z. B. nicht gezwungen werden, seine Thätigkeit dem etwa fortbetriebenem Geschäfte zu widmen,[2]) oder sich als Partei in einem Civilprocesse vernehmen zu lassen.

Wird vom Gemeinschuldner eine solche persönliche Leistung verlangt, so ist er hinsichtlich derselben vollkommen dispositionsfähig und steht als selbständiges Rechtssubject dem „Concursver-

[47]) v. Ruber, Wer ist bei fahrlässiger Crida als Privatbetheiligter im Sinne der St.P.O. anzusehen? (in G.Z. 1876 S. 338ff.); Entsch. d. Cass. H. in Jur. Bl. 1893 S. 95.

[1]) Gl. U. No. 10687.

[2]) Fitting S. 30, 272.



mögen" gegenüber. Vereinbart z. B. der Masseverwalter mit ihm einen Lohn für die Entfaltung persönlicher Thätigkeit, so ist dieser Lohn wie jede andere Masseforderung (§ 29 C.O.) verfolgbar, weil der Masseverwalter den Gemeinschuldner nicht überhaupt, sondern nur in Rücksicht des Concursvermögens vertritt.

II. Von dem Grundsatz, dass das Concursverfahren die Person des Gemeinschuldners nicht trifft, giebt es jedoch Ausnahmen behufs Erleichterung des Concursverfahrens, insbesondere behufs erleichterter Feststellung der Activ- und Passivmasse.

a) Jeder Gemeinschuldner (nicht auch sein Erbe[3])) hat, wenn schon nicht vor der Concurseröffnung dem Gerichte, so doch sofort nach derselben dem Concurscommissär ein genaues, von ihm eigenhändig unterfertigtes Verzeichniss seiner Activen und Passiven[4]) zu überreichen; gleichzeitig hat er sich zum (Offenbarungs-) Eide zu erbieten, dass er in dem angegebenen Activstande nichts verschwiegen und im Passivstande nichts erdichtet habe (§ 96 C.O.).

b) Protokollirte Kaufleute, persönlich haftende Gesellschafter von protokollirten Handelsgesellschaften, der Vorstand von Actiengesellschaften und von Genossenschaften, endlich bei in Liquidation befindlichen protokollirten Handelsgesellschaften und Genossenschaften die Liquidatoren[5]) haben so schnell als möglich (§ 196 C.O.) die Bilanz[6]) des Geschäftes bei „Gericht"[7]) einzureichen; auch sie müssen sich zum Eide erbieten, dass sie im Activstande nichts verschwiegen und im Passivstande nichts erdichtet haben (§§ 194 bis 197 C.O.).

c) Nach Aufnahme des Inventars haben der Gemeinschuldner, ferner die sub b genannten Personen, auch wenn sie nicht Gemeinschuldner sind, den ad a und b genannten Eid auf Antrag des Masseverwalters oder auch nur eines concurrirenden Gläubigers bei einer zu diesem Zwecke anzuordnenden Tagfahrt[8]) abzulegen.

Gegen den Auftrag des Concurscommissärs auf Ablegung des Eides steht als einziges Rechtsmittel die binnen drei Tagen anzu-

---

[3]) Schwarz S. 73; Riehl 1871 S. 176.

[4]) § 96 C.O. spricht von einem Vermögens- und Schuldenverzeichniss.

[5]) Gl.U. No. 5601; v. Canstein, Lehrb. d. Handelsrechts I S. 604.

[6]) § 195 C.O. giebt den erweiterten Inhalt dieser Bilanz an. Vgl. Art. 29 H.G.B.

[7]) „Gericht" im § 199 C.O. heisst Concursgericht, wenn jedoch die Bilanz nach der Concurseröffnung vorgelegt wird, Concurscommissär.

bringende Beschwerde an das Concursgericht zu, welches als letzte Instanz entscheidet (§ 97 C.O.).

d) Die sub b genannten Personen haben die Handelsbücher dem Concursgerichte, resp. nach der Concurseröffnung dem Concurscommissär vorzulegen (§ 195 C.O.).

e) Alle Gemeinschuldner, ferner die sub b genannten Personen sind verpflichtet, dem Masseverwalter alle zu seiner Geschäftsführung dienlichen Aufklärungen (z. B. über die Berechtigung angemeldeter Ansprüche) zu ertheilen und ihn bei der Ausführung der hiebei[9]) getroffenen Verfügungen auf Verlangen thatkräftig zu unterstützen (§§ 77, 87 C.O.).

f) Alle Post- und Telegraphensendungen, welche für den Gemeinschuldner (nicht auch für die sub b genannten physischen Personen, soferne sie nicht Gemeinschuldner sind) eingehen, sind dem Masseverwalter zu übergeben (§ 89 C.O.). Dieser hat dem Gemeinschuldner Einsicht zu gewähren und ihm jene Sendungen auszufolgen, welche das Concursvermögen nicht betreffen.

III. Diese sub a—e genannten Pflichten des Gemeinschuldners und der sub IIb genannten Personen können durch Haftandrohung und Verhaftung erzwungen werden. Diese Personalhaft ist eine Executionsmaassregel (§ 99 C.O.). Die genannten Pflichten des Gemeinschuldners, namentlich die Pflicht zur Eidesablegung, fallen mit der Concursaufhebung weg.[10])

Neben der Executionshaft giebt es noch eine Präventivhaft wegen Fluchtverdachts (§ 98 C.O.); der Grund dieser Vorschrift liegt darin, dass bei Entfernung des Gemeinschuldners oder der sub IIb genannten Personen die Feststellung des Vermögensstandes erschwert sein kann.[11])

Als Pressionsmittel zur Zahlung (Schuldhaft) ist diese Haft natürlicher Weise unzulässig.

IV. Der Beschluss auf Verhängung der Haft kann nur vom Concursgerichte gefasst werden, ebenso der auf Aufhebung der-

---

[8]) Der Eidespflichtige kann vor der Eidestagfahrt die Angaben des Vermögensverzeichnisses, resp. der Bilanz berichtigen. — Dieser Manifestationseid ist sehr alten Ursprungs; Stobbe, a.a.O. S. 53 ff.

[9]) §.77. C.O. muss durch das Wort „hiebei" restrictiv interpretirt werden.

[10]) Gl.U. No. 4365, 4496, 5059, 11364.

[11]) Ein Auftrag an den Gemeinschuldner, sich von seinem Wohnsitz nicht zu entfernen, ist nicht zulässig; anders ung. C.O. §.120.

selben.[12] Die Executionshaft kann immer von Amtswegen, die Präventivhaft nur dann von Amtswegen verhängt werden, wenn dies sogleich bei der Concurseröffnung geschieht (§ 98 al. 2 C.O.). Später bedarf es eines Antrages, u. z. insolange kein Gläubigerausschuss besteht, eines einzelnen concurrirenden Gläubigers[13] oder des Masseverwalters.

Die Durchführung der Haft erfolgt nach den Vorschriften der C.O.[14] allenfalls auf Antrag der eben genannten Personen in der Form des Hausarrestes; ihre Dauer darf während des ganzen Concurses sechs Monate nicht übersteigen. Die Kosten der Haft, zu denen namentlich die Verpflegskosten gehören, sind Massekosten.

§ 31. Die Person des Gemeinschuldners ausserhalb des Concurses.

I. Durch den Concurs wird die Person des Gemeinschuldners ausserhalb desselben zwar grundsätzlich ebensowenig getroffen wie in demselben. Der Schuldner wird nicht infamis, wie bei der missio in bona des römischen Rechtes;[1] allein der Gemeinschuldner behält auch heute nicht alle bürgerlichen, politischen und Ehrenrechte. Nur muss festgehalten werden, dass er nur solche Rechte verliert, bezüglich welcher dies ausdrücklich statuirt ist (§ 25 C.O.), und dass er sie nur für solche Zeiten verliert, bezüglich welcher dies angeordnet ist.

II. a) Bezüglich der bürgerlichen Rechte sind Bestimmungen im bürgerlichen Gesetzbuche und Handelsgesetzbuche enthalten. Nach § 1024 a.b.G.B. erlischt der Auftrag und die Vollmacht des Machthabers durch den über sein Vermögen verhängten Concurs.[1a] Nach Analogie dieser Vorschrift erlöschen auch alle Offerten, welche vor der Concurseröffnung durch den oder an den Gemein-

---

[12]) Von beiden Beschlüssen ist die Staatsanwaltschaft sofort in Kenntniss zu setzen (§ 101 C.O.), ebenso von der Verweigerung der Eidesleistung (§ 99 C.O.).

[13]) § 98 C.O. spricht ungenau vom „Gläubiger."

[14]) v. Canstein, Lehrb. d. Civilpr. (2. Aufl.) I S. 417 ff.; II S. 588 ff.; Ullmann, Civilpr. S. 488 ff. Für Militärpersonen vgl. M.V. v. 3. März 1867 R.G.B. No. 52.

[1]) l. 8, Cod. 7, 71; l. 11, C. 2, 12; Bayer S. 41 ff.; Schweppe S. 60.

[1a]) Grünhut, Recht d. Commissionshandels S. 389; Pollitzer, Handelsrecht S. 599.



schuldner gestellt wurden, und die bis zum Beginne der Wirkungen des Concurses (§ 2 C.O.) noch nicht angenommen waren. Nach Art. 123 H.G.B. ist die Concurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft ein zwingender Auflösungsgrund für die Handelsgesellschaft;[2]) nach Art. 128 H.G.B. und § 1210 a.b.G.B. ist die Concurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters ein Grund, denselben aus der Gesellschaft auszuschliessen; dasselbe gilt nach Art. 200 H.G.B. für den Commanditisten. Nach § 1260 a.b.G.B. ist das Heirathsgut und die Widerlage im Falle des Concurses des Ehemannes sicherzustellen, und nach § 1262 a.b.G.B. eine Gütergemeinschaft unter Ehegatten wie beim Tode aufzulösen, wenn ein Ehegatte in Concurs verfällt.[3]) Nach Art. 84c H.G. ist ein Handelsmäkler, welcher in Concurs verfällt, seines Amtes zu entsetzen. Die Fähigkeit, als Sachverständiger bei gerichtlichen Schätzungen gebraucht zu werden, erlischt durch Concursverhängung nicht;[4]) aus den Listen der gerichtlich für Schätzungen bestellten Sachverständigen sind jedoch Cridatare zu streichen.

Diese Wirkungen werden durch eine Concursaufhebung nicht behoben.

b) Specialgesetze erklären, dass ein Gemeinschuldner während der Dauer des Concurses die Advocatur (§ 34a Adv.Ordng.) und das Notariat[5]) (§§ 6, 165 Not.Ordng.) nicht bekleiden dürfe, ferner während der Dauer des Concurses, und durch drei Jahre nach Verbüssung der wegen schuldbarer Crida über ihn verhängten Strafe vom Börsebesuche ausgeschlossen ist (§ 5 Z. 3 des Börseges.). Während der Dauer einer Concursverhandlung tritt die Unfähigkeit zur Erlangung einer Anstellung bei Gericht oder der Staatsanwaltschaft ein (§ 4 Ger.Instr., § 88 V.V. zur Str.Pr.O.); bereits angestellte Staatsbeamte und Diener sind für die Dauer des Concurses

---

[2]) Staub, Comm. ad Art. 123 H.G.

[3]) Ullmann, Die Stellung des Ehegatten im Concurse (in Grünhut's Ztschr. IV S. 101 ff.); Krainz-Pfaff II S. 404; Kissling S. 106 f.

[4]) Der J.M.E. v. 26. März 1856 Z. 5056, welcher die Unfähigkeit ausspricht, ist, weil nicht gehörig publicirt, nicht bindend; a. M. Schwarz S. 65. Eine ausdehnende Interpretation dieses J.M.E. ist selbstredend ausgeschlossen. Gl.U. No. 9014.

[5]) v. Maasburg, Zum § 19 lit. d der Not.Ordng. (in Ger.Ztg. 1877 No. 23) erklärt, der Notar verliere sein Amt dauernd.

vom Amt zu suspendiren (§ 79 Ger.Instr., § 9 der kais. Vdg. v. 10. März 1860 No. 64 R.G.B.).

c) die Concursordnung selbst statuirt im § 246 C.O. nachfolgende Wirkungen eines kaufmännischen Concurses. Jene Gemeinschuldner eines solchen Concurses, welche Kaufmannsqualität haben,[6]) sind 1) ausgeschlossen von dem Rechte, eine Firma (sei es auch eine Gesellschaftsfirma) zu führen, die nicht in der Zeichnung ihres vollen Vor-[7]) und Zunamens besteht; ferner 2) unfähig zur Erlangung des Amtes eines Börsen- oder Waarensensals (s. oben Art. 84c H.G.), eines Börseagenten, und eines Masseverwalters. Die Wirkungen sub 2 treten auch ein bei Beendigung des Concurses in Folge eines Zwangsausgleiches[8]) (§ 253 C.O.), und bei Aufhebung des Concurses auf Grund des Einverständnisses aller concurrirenden Gläubiger;[9]) sie wurden insgesammt um scandalöser Vorgänge willen eingeführt, welche früher gespielt hatten,[10]) und werden durch Ertheilung der Wiederbefähigung an den Gemeinschuldner nach den §§ 247—253 C.O. behoben. 3) Eine weitere Wirkung des Concurses ist nach § 208 lit. b C.O. die Unzulässigkeit eines Zwangsausgleiches dann, wenn der „Gemeinschuldner," d. i. der protokollirte Kaufmann, oder einer der persönlich haftenden Gesellschafter einer protokollirten Handelsgesellschaft oder die juristische Person sich früher schon im kaufmännischen oder nicht kaufmännischen Concurs- (oder Ausgleichs)verfahren befunden hat.

III. An politischen Rechten geht verloren:

a) das active und passive Wahlrecht für Gemeinde-, Bezirks- und Kreisvertretungen (Ges. v. 5. März 1862 R.G.B. No. 18), für Landtage, für den Reichsrath (Ges. v. 2. April 1873 R.G.B. No. 41 § 20);

b) das Mandat eines Gemeinderathes oder Gemeindeausschusses, eines Landtagsabgeordneten (§ 6 der Landes-Ordng. v. 26. Februar 1861) eines Reichsrathsabgeordneten.

---

[6]) § 246 C.O. spricht vom „Kaufmann." Aus den Motiven (Kaserer S. 280) ist ersichtlich, dass dieser terminus gewählt wurde, weil man die im Text erwähnten Rechtsfolgen auf Personen beschränken wollte, welche die Kaufmannsqualität haben.

[7]) Gl.U. No. 11152.

[8]) Kaserer S. 270; v. Schrutka, Compensation im Concurse S. 130 Anm. 9; Unger, Die Naturaloblig. d. österr. Rechts (in Grünhut's Ztschr. XV S. 377).

[9]) A. M. Gl.U. No. 13247.

[10]) Motive bei Kaserer S. 279.



IV. An Ehren- und sonstigen Rechten geht verloren:

a) das active und passive Wahlrecht für die Handels- und Gewerbekammer (Ges. v. 29. Juni 1868 R.G.B. No. 85 § 7); bei „Kaufleuten“ (Anm. 6) geht das passive Wahlrecht bis zur Erlangung der Wiederbefähigung verloren (§ 246b C.O.), sonst nur für die Dauer des Concurses. Mitglieder von Handelskammern werden während der Dauer des Concursverfahrens suspendirt, und wenn sie Kaufleute sind, ihrer Stellung verlustig;

b) das active und passive Wahlrecht für Gewerbegenossenschaften (Gew.Ordng. v. 15. März 1883 R.G.B. 39 § 118b, 120) für die Dauer des Concurses;

c) die Fähigkeit, Vertrauensmann bei Bildung der Geschworenenliste zu sein, ferner die Fähigkeit, Geschworener zu sein, u. z. beides während der Dauer des Concurses, bei „Kaufleuten“ bis zur Erlangung der Wiederbefähigung (Ges. v. 23. Mai 1873 R.G.B. No. 121, § 2, 11);

d) das active und passive Wahlrecht für Gewerbegerichte für die Dauer des Concurses (§ 9 des Ges. v. 14. Mai 1869 R.G.B. No. 63);

e) bei „Kaufleuten“ die Fähigkeit, irgendwelche kaufmännische Ehrenämter zu bekleiden, insolange sie die Wiederbefähigung nicht erlangt haben (§ 246, 253 C.O).

V. Schliesslich hat das Concursverfahren auch strafrechtliche Wirkungen.[11])

Der Bankerott (die schuldbare Crida) ist nach dem freilich nicht ganz klaren Wortlaut des § 486 St.G. an den formellen Concurs geknüpft, wobei man aber der Concurseröffnung die Fälle gleichstellen muss, in welchen nach § 66 C.O. ein Concurs nicht eröffnet wurde. Der Bankerott ist entweder einfacher Bankerott, oder solcher von Kaufleuten, wobei nur der Art. 4 H.G.B., nicht die Protokollirung von Bedeutung ist.[12]) Kaufmännischer Concurs und kaufmännischer Bankerott decken einander nicht.

Weiters kennt das Strafrecht noch die betrügerische Crida des § 199 f St.G., welche nicht an die Voraussetzung des formellen Concurses geknüpft ist.

[11]) Finger, Strafrecht II S. 249 ff., 284 ff.; Oesterr. Rechtsl. II S. 52 ff.; vgl. v. Ruber in G.Z. 1876 S. 338 f. Die historische Entwicklung des Delictes des Bankerotts s. bei G. Schmidt, Der strafbare Bankbruch.

[12]) Finger, a.a.O. S. 253; Cass.H. No. 912.

Subject dieser Delicte sind die physischen Personen, über deren Vermögen Concurs eröffnet wurde, insbesondere alle schuldtragenden Gesellschafter einer (protokollirten oder nicht protokollirten) Handelsgesellschaft.

Zur Geltendmachung des Strafanspruches[13]) besteht die Anzeigepflicht des Concursgerichtes an die Staatsanwaltschaft (§ 85 St.P.O.; § 102 C.O.). Die Staatsanwaltschaft ist weiters von der Verweigerung der Ablegung der in den §§ 66 und 99 C.O. vorgesehenen Eide durch den Gemeinschuldner (resp. die zur Eidesablegung verpflichtete Person, § 30 IIb), und von der Aufhebung der über den Gemeinschuldner, § 30 IIa und b) verhängten Haft zu verständigen (§ 101 C.O.).

VI. Mit Ausnahme der sub V näher bezeichneten (strafrechtlichen) Wirkungen sind alle in diesem Paragraphen genannten Wirkungen nicht an den materiellen Concurs, sondern nach § 25 C.O. an die Concurseröffnung geknüpft. Erfolgt dieselbe nicht, sei es auch aus einem der im § 66 C.O. genannten Gründe, so treten die Wirkungen nicht ein. Das Resultat ist scheinbar unbefriedigend, da nicht gleich einzusehen ist, warum jene Person von diesen Wirkungen verschont bleiben soll, deren Vermögensverfall grösser ist als der einer andern Person, so dass zwar über diese, nicht aber über jene (§ 66 C.O.) Concurs eröffnet wird. Das Resultat rechtfertigt sich jedoch durch das Bedürfniss des Rechtslebens nach sinnfälligen Momenten, an welche die Rechtswirkungen sich knüpfen; ein solches sinnfälliges Moment ist nur die mit Edict kundgemachte Concurseröffnung, nicht auch der materielle Concurs.

---

[13]) Vgl. J.M.E. v. 26. April 1874 Z. 2835 (im Manz V bei § 85).

V. Capitel.

Die Verwalter.

§ 32. Uebersicht.

Als Verwalter im Concursverfahren erscheinen
a) der Masseverwalter,
b) sein Stellvertreter,
c) besondere Verwalter für bestimmte Zweige der Concursverwaltung,
d) der von den Realgläubigern eines Immobile gewählte Verwalter desselben,
e) der executive Sequester eines Immobile, welcher schon vor der Concurseröffnung bestellt war.

§ 33. Der Masseverwalter.[1] Allgemeines.

I. „Der Masseverwalter ist Vertreter der Gläubigerschaft und Verwalter des in den Concurs gehörigen Vermögens" (§ 76 C.O.);

[1]) Kaserer S. 148 ff.; Kissling S. 152 ff.; Schwarz S. 179 ff.; Mitteis, Stellvertretung S. 4 ff.; Menzel, Anfechtungsr. S. 286 ff.; Steinbach, Commentar zum A.G. S. 94 ff.; v. Schrutka, Compensation im Concurse S. 24; v. Canstein, in Grünhut's Ztschr. IX S. 461 ff.; v. Ruber, in G.Z. 1876 S. 338 f.; Artikel „Concursmasseverwalter" im österr. Rechtsl. I S. 791 ff. — Bayer, Concurspr. S. 109 ff.; Günther, in Weiske's Rechtslex. II S. 799 ff.; Koch, Comm. zur preuss. C. O. S. 140 f.; Petersen-Kleinfeller, Comm. z. dtsch. C.O. S. 29 ff., woselbst die deutsche Literafur angegeben ist. In der deutschen C.O. heisst der Masseverwalter Concursverwalter (§ 5 d. C.O.).

„zur Anfechtung (scil. von Rechtshandlungen im Concursverfahren) ist die Gläubigerschaft, vertreten durch den Masseverwalter, berufen" (§ 16 A.G.). Im § 167 C.O. ist der Masseverwalter gegenüber den Realgläubigern als „Vertreter" der Rechte der Concursgläubiger und des Gemeinschuldners bezeichnet.

Diese drei Gesetzesstellen fassen die Vorschriften über die Stellung des Masseverwalters zusammen, u. z. sowohl in praktischer als in theoretischer Richtung. Obwohl für den Gesetzgeber kein Anlass gegeben war, seine theoretische Ueberzeugung ausdrücklich vorzubringen, hat er es dennoch nach dem Vorbilde der preuss. C.O. vom 8. Mai 1855 gethan. Diese Theorie soll im Folgenden geprüft werden. Vorhergeschickt wird eine historische Bemerkung.

II. Urkundlich[2]) lassen sich Concurscuratoren im 14. Jahrhundert in vielen Städten, z. B. in Wien, Frankfurt, Lübeck, Hamburg nachweisen. Es waren ihrer gewöhnlich Mehrere in einem Concurse, so in Wien nach dem Rechte von 1340 vier Mann, von denen zwei der Rath ernannte, während zwei von den Gläubigern und dem Schuldner gewählt wurden; in andern Städten, z. B. in Lübeck werden die Concurscuratoren nur durch die Gläubiger gewählt, in Frankfurt bestellt sie die Obrigkeit.

Von der Stellung dieser Concurscuratoren ist es schwer, sich ein Bild zu machen, da sie in den verschiedenen Städten von einander abwich. Im Allgemeinen aber kann man doch sagen, dass sie etwa die Functionen des heutigen Masseverwalters zu erfüllen hatten, nämlich die Feststellung der Activen und Passiven, die Realisirung und Vertheilung der Activen.

Eine spätere Zeit sah hierin die Vereinbarung unvereinbarer Functionen, nämlich der Vertretung des Gemeinschuldners und der Gläubiger, und theilte dieselben unter zwei Functionäre: den Curator ad lites (Contradictor) und den Curator bonorum.[3]) Dabei dachte man sich den Ersten als Vertreter der Passiven (also gewissermaassen des Gemeinschuldners); diesem oblag das Liquidirungsgeschäft. Der Zweite war als Vertreter der Activen (der Gläubiger) gedacht, er hatte das Concursvermögen zu versilbern

---

[2]) Stobbe, Zur Gesch. des älteren dtsch. Concursproc. S. 43 ff.; Fuchs, Concursverfahren S. 22 ff.

[3]) § 7 der österr. C.O. v. 1. Mai 1781; Bayer a.a.O. S. 110 ff., 118 ff.; Günther a.a.O. S. 799.

und zur Vertheilung zu bringen. Die Functionen dieser beiden Organe liessen sich jedoch weder praktisch noch theoretisch scheiden;[4]) praktisch half man sich in Oesterreich damit, dass man eine Person sowohl zum Curator ad lites als auch zum Curator bonorum machte, theoretisch kam der Streit über die juristische Stellung der beiden Organe nicht zum Austrage. Es handelte sich hiebei wie von Anfang an stets um die Frage, wen der eine und wen der andere Curator vertrete, — eine Frage, welche auch heute für den Masseverwalter strittig ist, der die Functionen beider Curatoren wieder in sich vereinigt.

III. Bevor beantwortet wird, wen der Masseverwalter vertrete, muss die Frage gelöst werden, ob er überhaupt Vertreter sei. Sie ist wiederholt[5]) mit der Begründung verneint worden, a) der Masseverwalter übe kraft eigenen Rechtes fremde Rechte aus, u. z. b) nicht im Interesse des Gemeinschuldners, der überdies c) gar nicht processunfähig sei, somit eines Vertreters nicht bedürfe. Diese Anschauung ist unrichtig. Dass der Masseverwalter nicht Bevollmächtigter ist, das ist allerdings wahr; aber damit ist ja nicht ausgeschlossen, dass er Vertreter sei; auch der Vormund oder der Curator der Pfandbriefbesitzer ist nicht Bevollmächtigter und doch ein Vertreter. Dass der Masseverwalter auf Grund seiner Bestellung durch das Gericht, also kraft eigenen Rechtes handelt, ist gleichfalls richtig, aber nicht entscheidend; denn dieses eigene Recht ist kein Bestandtheil seines Vermögens, so wenig wie die entsprechenden Rechte des Vormundes, Curators, Liquidators einer offenen Handelsgesellschaft. Dass der Gemeinschuldner nicht processunfähig sei, ist eine petitio principii, und überdies, wie im § 29 nachgewiesen, unrichtig. Ebensowenig steht der Vertretungstheorie die (in der Folge zu prüfende) Behauptung entgegen, dass der Masseverwalter nicht das Interesse desjenigen „vertrete," dessen Rechte er ausübe. Denn es unterläuft hier eine doppelte Verwendung des terminus „vertreten." Man kann Rechte und kann Interessen vertreten; nur im ersteren Falle ist man juristisch ein Vertreter; die Vertretung der Interessen kommt daher selbst dann

---

[4]) Koch S. 141; Kaserer S. 149.

[5]) Fischer, in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. X S. 436; Oetker, in Jur. Literaturbl. II S. 188 ff.; Stegemann, Die Parteien im Process, in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XVII S. 330 ff.; Mitteis, Lehre von der Stellvertretung S. 4.

nicht in Betracht, wenn wirklich der Masseverwalter die Rechte einer Person im Interesse einer andern ausüben würde.

Hiezu tritt noch die Erwägung, dass der Masseverwalter nicht sein Vermögen, und dass er keinesfalls seine Interessen verwaltet, auch nicht auf eigene Rechnung und Gefahr handelt.

Der Masseverwalter ist demnach als Vertreter anzusehen.[6])

IV. Dies wird denn auch stillschweigend von der herrschenden Lehre angenommen, und der Streit dreht sich um die Frage, wen er vertrete, den Gemeinschuldner, die Gläubiger oder Beide.

Bei Erlassung der C.O. war es die herrschende Lehre, dass der Masseverwalter nicht den Gemeinschuldner, sondern die Gläubiger vertrete; sie ist denn auch im § 76 C.O. als Lehrsatz recipirt. Diese Lehre beruht auf der Erwägung, dass das Concursverfahren im Interesse der Gläubiger stattfinde, dass dieser Personen Interesse vom Masseverwalter zu wahren sei,[7]) und dass demgemäss der Masseverwalter ihr Vertreter und nicht jener des Gemeinschuldners sei.[8]) Man könnte die Prämissen dieser Argumentation zugeben, und muss doch die Schlussfolgerung ablehnen; denn Interessenvertretung und Rechtsvertretung decken einander nicht. Es wäre ohne Weiteres möglich, dass der Masseverwalter die Interessen von Gläubigern und die Rechte des Gemeinschuldners „vertritt;" dann wäre er „Vertreter" des Gemeinschuldners. Bei dieser rechtlichen Irrelevanz der vertretenen Interessen kann man sich auch ersparen, die Thatsache hevorzuheben, dass der Masseverwalter auch das Interesse des Gemeinschuldners zu wahren hat (§ 167 C.O.), und dass dessen Interesse mit jenem der Gläubiger ideell identisch ist, und auch thatsächlich sehr oft parallel läuft (z. B. wenn der Gemeinschuldner selbst die Concurseröffnung veranlasst).

Der springende Punkt der Frage ist: wessen Rechte übt der Masseverwalter aus?

Zwei Gruppen von Rechten sind es, um die es sich handelt. Die eine umfasst das im § 1 C.O. genannte, der Execution unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, die andere die Anfechtungsansprüche der Concursgläubiger. Es ist klar, dass zwischen

---

[6]) Petersen, Die rechtl. Stellung d. Concursverwalters, im sächs. Arch. I S. 6 ff.

[7]) Darum wurde den concurrirenden Gläubigern für die Stelle des Masseverwalters ein Vorschlags- resp. Wahlrecht eingeräumt.

[8]) Motive bei Kaserer S. 130 f.



diesen beiden Gruppen der grosse Unterschied besteht, dass in die erste Gruppe Vermögen des Gemeinschuldners gehört, welches er bei der Concurseröffnung hat, oder das ihm im Laufe des Concursverfahrens zufällt, während die Anfechtungsansprüche keinen Theil des schuldnerischen Vermögens bilden, daher consequenter Weise nach § 24 A.G. nach der Concursaufhebung nicht dem Gemeinschuldner zu Gute kommen.[9])

Wer als Vertreter die erste Gruppe von Rechten ausübt, der vertritt demgemäss nicht dieselben Personen wie derjenige, welcher als Vertreter die Anfechtungsansprüche ausübt. Es liegt darum nahe, zu sagen: der Masseverwalter vertritt rücksichtlich der Anfechtungsansprüche die Concursgläubiger, rücksichtlich des andern Vermögens den Gemeinschuldner.

Der erste Theil des Satzes ist sicherlich richtig. Die Anfechtungsansprüche stehen weder vor noch während des Concurses dem Gemeinschuldner zu; er kann aus seiner anfechtbaren Handlung für sich kein Recht ableiten. Die Anfechtungsansprüche stehen seinen Gläubigern, im Concurse den Concursgläubigern[10]) zu; damit stimmt der obcitirte § 24 A.G. überein, der verhindern soll, dass aus siegreichen Anfechtungsprocessen dem Gemeinschuldner Rechte erwachsen. Die Geltendmachung dieser Anfechtungsansprüche ist für die Dauer des Concursverfahrens[11]) dem Masseverwalter ausschliesslich übertragen, die einzelnen Concursgläubiger sind davon ausgeschlossen,[12]) mögen sie schon vor der Concurseröffnung Anfechtungsprocesse begonnen haben oder nicht. Der Masseverwalter vertritt demnach in diesen Fällen die Concursgläubiger,[13]) so etwa

[9]) Ob § 24 A.G. dingliche oder obligatorische Wirkung hat, ist zweifelhaft; für die letztere Menzel, Anfechtungsrecht S. 244 f. Vgl. Krasnopolski, in Grünhut's Ztschr. XV S. 145. Das deutsche Recht hat keine entsprechende Bestimmung.

[10]) § 16 A.G. sagt „der Gläubigerschaft."

[11]) Nach Aufhebung des Concurses ist die Geltendmachung von früher entstandenen Anfechtungsansprüchen und die Fortsetzung im Zuge befindlicher Executionen auf Grund ersiegter Anfechtungsurtheile unzulässig; § 44 A.G.; Steinbach, Comm. S. 150.

[12]) §§ 16, 40 A.G.; Steinbach, Comm. S. 39 ff., 143 ff. Selbst wenn der Masseverwalter in einen anhängigen Anfechtungsprocess nicht eintritt, darf der einzelne Concursgläubiger ihn nicht fortsetzen; nur für die Kosten eines solchen Processes besteht eine Ausnahme.

[13]) Darunter sind dieselben Personen zu verstehen, wie in der C.O.; für Realgläubiger geben die §§ 16 u. 45 A.G. Ausnahmsvorschriften.

wie der Curator der Besitzer von Pfandbriefen und auf Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Theilschuldverschreibungen diese Besitzer.[14])

Der zweite Theil des oben angeführten Satzes scheint jedoch im Widerspruch zu § 76 C.O. zu stehen und wird angefochten. Man bezeichnet mehrfach[15]) den Masseverwalter als Vertreter der Gläubigerschaft, der ihrerseits das Verwahrungs- und Verwaltungsrecht am schuldnerischen Vermögen zukomme. Diese mit dem Wortlaut des Gesetzes vielleicht vereinbarliche Auffassung ist unrichtig[16]) und unpraktisch.

Unpraktisch deshalb, weil nach den §§ 76 ff. C.O. nach Aussen hin der Masseverwalter allein unter Ausschluss aller Concursgläubiger handelnd auftritt, seine Handlungen allein für das Concursvermögen resp. den Gemeinschuldner von rechtlicher Bedeutung sind[17]) (§ 79 C.O.); der Masseverwalter kauft und verkauft, führt Processe und steht von denselben ab, giebt rechtsverbindliche Erklärungen ab und nimmt sie entgegen; nur intern wirken der Gläubigerausschuss und die Gläubigerversammlung, wenn diese Organe überhaupt vorhanden sind. Hält man sich daher auch an den Wortlaut des Gesetzes, so muss der Masseverwalter dennoch als mittelbarer Stellvertreter des Gemeinschuldners angesehen werden; man hat nur das unnöthige Zwischenglied der „Gläubigerschaft“ eingeschoben.

Die Anschauung, der Masseverwalter sei hinsichtlich des Concursvermögens Vertreter der Gläubigerschaft, ist aber nicht nur unpraktisch, sondern auch unrichtig; denn, wie im § 47 nachgewiesen wird, giebt es eine solche Gläubigerschaft nicht. Man kann auch nicht wie bei den Anfechtungsansprüchen den terminus

---

[14]) Ges. v. 24. April 1874 No. 48, 49 R.G.B. Die im Texte vorgetragene Lehre ist die herrschende; Menzel, Anfechtungsr. S. 287; Krasnopolski, Anfechtungsr. S. 68; Kaserer S. 132 ff.; Schwarz S. 179 ff.; die deutsche Literatur ist bei Petersen-Kleinfeller, Comm. S. 667 ff. angegeben.

[15]) Schwarz S. 179 ff.; Kaserer S. 132 ff.; Kissling S. 154 ff.; Pollitzer, Handelsr. S. 283; Exner, Oesterr. Hypothekenr. S. 371 bezeichnet (vor dem Anfechtungsgesetze) den Masseverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners und der Gläubiger.

[16]) Menzel, Anfechtungsr. S. 286 f.; v. Schrutka, Compensation im Concurse S. 24.

[17]) Schwarz S. 190.

„Gläubigerschaft“ durch jenen der Concursgläubiger[18]) oder der concurrirenden Gläubiger ersetzen; denn die Existenz solcher concurrirender Gläubiger im Concurse, die an der Ausübung gemeinsamer Rechte theilnehmen, ist kein Essentiale desselben (s. § 47), und eine Vertretung der nicht concurrirenden Concursgläubiger durch den Masseverwalter ist im Gesetze nicht vorgesehen; sie liefe auf einen Zwang zur Betheiligung am Concursverfahren hinaus, den das Gesetz nicht übt. Würde man endlich selbst annehmen, dass es eine Gläubigerschaft gebe, und dass diese das Verwaltungsrecht habe, so bliebe noch immer unerklärt, warum bis zur allgemeinen Liquidirungstagfahrt die Gläubigerschaft, obwohl sie das Verwaltungsrecht hat, so gut wie gar keinen Einfluss auf das Verfahren nehmen darf, so dass bis zur allgemeinen Liquidirungstagfahrt der Masseverwalter nur unter der Aufsicht des Concursgerichtes und des Concurscommissärs thätig ist.

Die im § 76 C.O. ausgesprochene Theorie ist daher falsch.

Der Masseverwalter vertritt rücksichtlich des im § 1 C.O. genannten Concursvermögens unmittelbar den Gemeinschuldner, rücksichtlich der Anfechtungsansprüche die Concursgläubiger.

V. In Strafsachen vertritt der Masseverwalter weder den Gemeinschuldner, dessen Person in Frage ist, noch die Concursgläubiger,[19]) u. z. deshalb nicht, weil dieselben nach § 126 C.O. ihre Ansprüche, soweit sie das Concursvermögen betreffen, überhaupt nicht im Adhäsionsprocesse, sondern nur vor dem Concursgericht geltend machen können, und weil diese Ansprüche übrigens gegen den Masseverwalter ausgeführt werden müssten. Derselbe ist also nicht Privatbetheiligter und auch kein Vertreter derselben.

VI. Die C.O. unterscheidet einen provisorischen Masseverwalter, der bei der Concurseröffnung bestellt wird, und einen definitiven, der bei und nach der Wahltagfahrt (§ 75 C.O.) bestellt wird; dabei ist wieder der bei der Wahltagfahrt vorgeschlagene von dem bei der allgemeinen Liquidirungstagfahrt gewählten definitiven Masseverwalter zu unterscheiden.

Eine Mehrheit von Masseverwaltern ist zulässig (§ 74 C.O.).

---

[18]) Die Concursgläubiger dürfen während des Concursverfahrens und nach demselben ihre Anfechtungsansprüche nicht einmal dann geltend machen, wenn sie auf den Concurstheilnahmeanspruch verzichten; § 40 A.G.

[19]) A. M. E. des Cass.H. v. 2. December 1891 Z. 13788 No. 1521; v. Ruber in G.Z. 1876 S. 338 f.

§ 34. Bestellung und Enthebung; Legitimation.[1])

I. Das Amt beginnt mit der Bestellung. Die Bestellung des Masseverwalters erfolgt stets vom Concursgerichte. Dies ist zwar bestritten; es ergiebt sich aber aus der Erwägung, dass der Masseverwalter sein Amt erst auf Grund des gerichtlichen Bestellungsdecretes (§§ 75, 143 C. O.) antreten darf, mag er auch auf die Ausfertigung dieses Decretes unter Umständen einen Anspruch haben.

In dieser Bestellung besteht kein Unterschied zwischen dem provisorischen und dem definitiven Masseverwalter, seinem Stellvertreter und den besonderen Verwaltern. Dagegen giebt es allerdings Unterschiede in den Voraussetzungen der Bestellung.

II. Voraussetzungen in der Person des zu bestellenden Masseverwalters sind: Zugehörigkeit zum männlichen Geschlecht, Handlungsfähigkeit, (nicht bloss gerichtliche) Unbescholtenheit, Verlässlichkeit und Geschäftskundigkeit, ferner (wenn möglich) Wohnsitz am Amtssitz des Concurscommissärs oder in dessen Nähe für die Dauer des Concursverfahrens[2]) (§ 75 C. O.); die betreffende Person muss nicht, darf aber ein Gläubiger des Gemeinschuldners und darum auch der Vertreter oder Schriftenempfänger eines Gläubigers sein[3]) (§ 120 C. O.). Dagegen darf es nicht der Gemeinschuldner selbst oder eine der denselben ex lege oder nach seiner Verfassung vertretenden Personen (Vorstand, Director einer Actiengesellschaft etc.) sein;[4]) diese im Gesetze nicht ausgesprochene Beschränkung ergiebt sich von selbst. Ebensowenig darf es der Ehegatte der Gemeinschuldnerin sein (§§ 75, 143 C. O.).

---

[1]) Schwarz S. 179 ff.; Flusser, Einige Worte über die Bestellungen der Masseverwalter und Curatoren (in Geller's C.Bl. I S. 733 ff.); Zur Frage der Bestellung des Concursverwalters (Not. Ztg. 1884 S. 93 ff.); Benedikt, Zur Reform der C.O. S. 17 ff.; Kaserer S. 148 ff.; Ung. C.O. § 95 ff.

[2]) Unklar Kaserer S. 148.

[3]) A. M. merkwürdiger Weise Schwarz S. 184; Gl.U. No. 11612. Richtig Frankl in Jur. Vtlj. 1889 S. 173. Ob im einzelnen Falle § 10 der Adv.O. wirksam wird, ist quaestio facti.

[4]) Gl.U. No. 7758. Gegen die Bestellung der Verwandten des Vorstandes etc. Gl.U. No. 5568; Schwarz S. 183; es sprechen hiefür Zweckmässigkeitsgründe, ein gesetzlicher Anhaltspunkt ist aber durch § 197 C.O. nicht gegeben.

Damit sind die Voraussetzungen in der Person sowohl des provisorischen als desjenigen definitiven Masseverwalters erschöpft, welcher bei oder nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt bestellt wird (§ 143 C.O.).

Dagegen wird von jenem definitiven Masseverwalter, der vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt bestellt wird (§ 74 C.O.) noch erfordert, dass er mit dem Gemeinschuldner — nur mit ihm — nicht bis einschliesslich zum vierten Grade verwandt oder verschwägert sei (§ 75 C.O.); die Berechnung der Grade der Verwandtschaft und Schwägerschaft erfolgt nach § 41 a.b.G.B.

Ob die zu bestellende Person ein inländischer oder ein ausländischer Staatsangehöriger, ob sie ein Jurist ist oder nicht,[5]) das ist rechtlich irrelevant.

III. Den provisorischen Masseverwalter wählt das Concursgericht aus dem weiten Kreise der Personen aus, welche diese Voraussetzungen erfüllen.

IV. Für die Bestellung des definitiven Masseverwalters ist ein Votum der Gläubigerversammlung dann von Bedeutung, wenn es zu Stande kommt; d. h. es muss nicht bloss die Gläubigerversammlung zu Stande kommen, sondern ihr Votum muss auch mit absoluter[6]) Stimmenmehrheit (über ihre Berechnung s. § 40 VIII) auf eine bestimmte Person sich vereinigen. Andernfalls erfolgt die Bestellung des definitiven Masseverwalters ohne Rücksicht auf die Gläubigerversammlung durch das Concursgericht.

Das gehörig zu Stande gekommene Votum der Gläubigerversammlung ist vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt von consultativer Bedeutung. Das Concursgericht soll sich an diesen Vorschlag halten; es muss ihn ablehnen, wenn gegen die Person des vorgeschlagenen Masseverwalters erhebliche Bedenken obwalten;[7]) solche erhebliche Bedenken können sich aus der Leu-

---

[5]) Ueber die Wahl von Nichtjuristen Schwarz S. 183, und der dort cit. Erl. des J.M. v. 6. August 1874 Z. 11005; ferner die Protokolle des Delegirtentages der österr. Advokatenkammern S. 40 ff.

[6]) Schwarz S. 216, der ohne ersichtlichen Grund für die Gläubigerausschüsse denselben § 74 C.O. anders auslegt.

[7]) Die Natur dieses Vorschlagsrechtes ist sehr bestritten; wie Text Alfred Pollak, Zur Frage der Bestellung des provis. Concursmasseverwalters (Jur.Bl. 1893 No. 52 f.); weiter gehen Nowak in G. Z. 1870 No. 15 ff.; Kissling S. 150; Beisser in Ger.Z. 1893 No. 45, welche die Entscheidung in das vorbehaltlose Ermessen des Gerichtes stellen.



mundsnote des Vorgeschlagenen, aus der Art und dem Umfange seines eigenen Geschäftes u. dgl. ergeben. Lehnt das Concursgericht die Bestellung des Vorgeschlagenen ab, so ist das neuerliche Votum einer Gläubigerversammlung einzuholen;[8]) einstweilen amtirt der bisherige Masseverwalter weiter.

Von der allgemeinen Liquidirungstagfahrt an wird das gehörig zu Stande gekommene Votum der Gläubigerversammlung von der herrschenden Lehre als decisives betrachtet; die Gläubigerversammlung schlägt nicht vor, sondern wählt, und das Concursgericht muss den Gewählten bestellen, wenn sein Wohnsitz den gesetzlichen Vorschriften entspricht[9]) (§ 143 C.O.). Diese Lehre hat wohl den Wortlaut des Gesetzes für sich, geht aber wie dieser zu weit, und muss einschränkend interpretirt werden.

Richtig ist, dass die Gläubigerversammlung von der allgemeinen Liquidirungstagfahrt an den Masseverwalter wählt und nicht bloss vorschlägt; sie giebt ihm dadurch zum Unterschied vom Vorschlag des § 74 C.O. einen Anspruch auf seine Bestellung durch das Concursgericht. Aber die stillschweigende Voraussetzung dieses Anspruches ist das Vorhandensein aller der sub II gegannten gesetzlichen Voraussetzungen. § 143 al. 4 C.O. sagt zwar, dass von ihnen nur der Wohnsitz berücksichtigt werden dürfe; allein dabei ist lediglich an den häufigsten Fall eines Mangels in den gesetzlichen Voraussetzungen gedacht, ohne dass die übrigen Voraussetzungen deshalb aufgehoben sein sollten. Dies ergiebt sich aus drei Punkten:

1. kann man dem Gesetze nicht zumuthen, dass es zwar die Prüfung des Wohnsitzes, nicht aber jene der viel wichtigeren anderen Voraussetzungen (der Unbescholtenheit, Handlungsfähigkeit etc.) dem Gerichte gestatten wollte; sollte das Concursgericht wirklich durch § 143 C.O. gezwungen sein, einen abgestraften Betrüger zum Masseverwalter zu bestellen, während es die Bestellung des besten Mannes ablehnen darf, weil er nicht am Sitze des Concurscommissärs, sondern im nächsten Orte wohnt?

2. hebt § 143 C.O. von den im § 75 C.O. genannten Voraussetzungen nur die der Verwandtschaft und Schwägerschaft hervor,

---

[8]) A. M. Schwarz S. 181; Gl.U. No. 10199, welche in diesem Falle das Vorschlagsrecht der Gläubigerversammlung cessiren lassen; dagegen die Eingangsworte des § 74 C.O.: „Auf Grund der . . . Vorschläge . . . ."

[9]) Kaserer S. 204; Kissling S. 226; Schwarz S. 182; Oesterr. Rechtsl. I S. 792.



belässt demnach die übrigen. Die gesetzlichen Voraussetzungen muss also der Gewählte haben;[10]) dagegen ist (im Unterschiede vom § 74 C. O.) das Concursgericht nicht berechtigt, seine Bestellung und anderen erheblichen Bedenken abzulehnen als wegen des Mangels einer gesetzlichen Voraussetzung zur Bekleidung des Amtes; dies ist der Sinn des § 143 al. 4 C.O.

3. deckt sich nur die hier vertretene Auffassung mit der im § 80 C.O. normirten Entlassungsbefugniss des Concursgerichtes.

Bestellt auf Grund der Prüfung das Concursgericht nicht den Gewählten, so hat dieser das Recursrecht; inzwischen amtirt nach Analogie des § 142 al. 2 C.O. der bisherige Masseverwalter. Das Concursgericht hat in jedem Falle sofort bei Ablehnung der Bestellung des Gewählten eine neue Gläubigerversammlung zur Vornahme einer Wahl einzuberufen.

Die Gläubigerversammlung hat in keinem der erwähnten Fälle ein Recursrecht, ebensowenig der Gläubigerausschuss und die einzelnen concurrirenden Gläubiger. Letztere können nur die stets zulässige Aufsichtsbeschwerde zum Zwecke der Enthebung des Masseverwalters, nicht zur Rückgängigmachung seiner Bestellung einbringen. Nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt darf auch der vierte Theil der concurrirenden Gläubiger die Einberufung einer Gläubigerversammlung behufs Neuwahl eines Masseverwalters jederzeit beim Concursgerichte verlangen (§ 144 C. O.).

V. Der Unterschied zwischen dem Vorschlagsrechte des § 74 C. O. und dem Wahlrecht des § 143 C.O. sind demnach a) dass der Gewählte einen subjectiven Anspruch auf seine Bestellung hat, der Vorgeschlagene nicht, b) dass der Gewählte nur die im Gesetze normirten Voraussetzungen für das Amt des Masseverwalters haben muss, während der Bestellung des Vorgeschlagenen zum Masseverwalter auch andere erhebliche Bedenken hindernd entgegen treten können.

VI. Es besteht für Niemanden eine Pflicht, das Amt eines Masseverwalters anzunehmen.[11])

VII. Wird ein provisorischer Masseverwalter oder in der Folge der Vorgeschlagene oder Gewählte vom Concursgerichte zum Masseverwalter bestellt, so hat ihm der Concurscommissär sofort, ohne Abwarten einer Rechtsmittelfrist ein Bestellungsdecret auszu-

---

[10]) Schwarz S. 183.

[11]) Schwarz S. 184; Kaserer S. 148; entg. Kissling S. 152.

fertigen und ihn auf die gewissenhafte Erfüllung seiner Amtsverrichtungen mittelst Handschlages zu verpflichten (§§ 75, 143 C.O.). Dieses Bestellungsdecret ersetzt Jedermann gegenüber die besondere Vollmacht, welche nach dem bürgerlichen Recht[12]) für bestimmte Gattungen von Geschäften erforderlich ist, jedoch mit folgenden Ausnahmen:

a) zur Behebung von Geld und Geldzeichen, sowie Kostbarkeiten und Werthpapieren bei öffentlichen Cassen, Behörden und Aemtern; die Ermächtigung ertheilt der Concurscommissär (§ 78 C.O.),

b) zur Führung activer Anfechtungsprocesse,[13]) nicht auch anderer Processe,

c) zum Eintritt in zweiseitige Verträge und zur Aufhebung derselben,

d) zum Abschluss von Vergleichen über 200 fl. ö. W.,

e) zur Einlösung von Pfändern für das Concursvermögen,

f) zur Veräusserung von Mobilien nicht im Executionswege, und von Immobilien im Executionswege.

Die Ermächtigung ad b—f giebt vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt der Concurscommissär, nach derselben der etwa bestehende Gläubigerausschuss (in Gemeinschaft mit dem Masseverwalter § 147 C.O.),

g) zu den im § 148 C.O. genannten Handlungen. Die Ermächtigung zu denselben giebt vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt das Concursgericht, nach derselben die Gläubigerversammlung.

Die in den Fällen a—g erforderliche besondere Legitimation des Masseverwalters Dritten gegenüber ist ihm vom Concurscommissär nach Prüfung der Ordnungsmässigkeit des Vorganges auszustellen.

Das Bestellungsdecret des Masseverwalters ersetzt nach § 78 C.O. zwar die besonderen, auf Gattungen des Geschäftes lautenden Vollmachten, dagegen nach dem Wortlaut des § 78 C.O. nicht die Vollmacht für Geschäfte, bei welchen nach bürgerlichem Rechte das einzelne Geschäft in der Vollmacht genannt sein muss. Der Masseverwalter bedarf daher einer besonderen Legitimation zur Anerkennung von Rückforderungsansprüchen (§ 147 C.O.) und anderen unentgeltlichen Zuwendungen und Verzichten, zum Abschluss von

---

[12]) Hierunter ist nicht bloss das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch zu verstehen.

[13]) S. Literatur und Judicatur bei § 49 Anm. 31.



Gesellschafts- und Schiedsverträgen, zur Ausschlagung von Erbschaften;[14]) die erforderliche Legitimation ist ihm vom Concurscommissär nach Prüfung der Ordnungsmässigkeit des Vorganges auszustellen.

VIII. Die auf Grund ordnungsmässigen Bestellungsdecretes innerhalb des Rahmens der allgemeinen Vollmacht, und die auf Grund besonderer Legitimation innerhalb ihres Rahmens gesetzten Handlungen erzeugen alle Rechtswirkungen, ob nun der interne Vorgang correct war oder nicht,[15]) — es sei denn, der Mitcontrahent sei mala fide oder wisse wenigstens von dem Mangel. (S. § 58.)

IX. Das Amt des Masseverwalters endigt:

1. durch seinen Tod; das Gericht bestellt einen neuen Masseverwalter nach den oben entwickelten Vorschriften; inzwischen übt der Masseverwalter-Stellvertreter sein Amt aus;

2. durch Beendigung des Concursverfahrens; wird der Concurs nach §§ 190 und 243 C.O. wieder eröffnet, so lebt das Amt ohne neuerliche Bestellung wieder auf;

3. durch Bestellung eines anderen Masseverwalters auf Grund des Vorschlags- oder Wahlrechtes der Gläubigerversammlung; die Bestellung allein ist jedoch nicht genügend, der frühere Masseverwalter muss seines Amtes vom Concursgerichte ausdrücklich enthoben werden;

4. durch Niederlegung des Amtes. Dieselbe steht dem Masseverwalter jederzeit frei, ebenso wie die Ablehnung des Antritts; er darf jedoch die Ausübung seiner Functionen nicht selbstthätig einstellen, sondern muss sie bis zu seiner Enthebung durch das Gericht fortführen. Auf diese Enthebung hat er einen subjectiven Anspruch, das Gericht darf sie nicht verweigern. Ob der Masseverwalter durch eine unzeitige Niederlegung seines Amtes sich schadenersatzpflichtig macht, ist nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes nach Analogie der Vormundschaft und Bevollmächtigung zu beurtheilen;

5. durch Entlassung des Masseverwalters, sei es wegen Wegfalls der physischen oder geistigen Fähigkeiten, sei es wegen Unver-

---

[14]) Der im § 1008 a.b.G.B. genannte unbedingte Erbschaftsantritt kann nach § 3 C.O. nicht vorkommen; zum bedingten Erbschaftsantritt legitimirt Dritten gegenüber das Bestellungsdecret.

[15]) Schwarz S. 190. Der Concurscommissär hat z. B. die Legitimation aus Versehen ausgestellt oder irrig ausgestellt.

lässlichkeit und nicht gehöriger Pflichterfüllung. Die Entlassung kann von Amtswegen oder auf Antrag des Concurscommissärs oder des Gläubigerausschusses erfolgen; jene Organe, welche den Antrag nicht gestellt haben, wenn möglich auch der Masseverwalter, sind vor der Beschlussfassung zu hören. Rechtsmittel gegen diesen Beschluss sind zulässig, haben aber keine hemmende Wirkung (§ 80 C.O.).

§ 35. Das Amt.[1]

I. Der Masseverwalter verwaltet ein Amt und hat in Folge dessen bestimmte, vom Gesetze ihm[2] zugewiesene Rechte und Pflichten, welche weder das Concursgericht noch der Gemeinschuldner noch irgend welche Gläubiger erweitern oder beschränken können.[2a] Diese Rechte und Pflichten hat er rücksichtlich des Concursvermögens als Vertreter des Gemeinschuldners, rücksichtlich der Anfechtungsansprüche als Vertreter der Concursgläubiger, u. z. kraft eigener, unmittelbar aus dem Gesetze und seiner Bestellung entspringender, nicht von der Gläubigerschaft ihm übertragener Befugniss.[3]

Dieses Amt wird gewöhnlich nur einer physischen Person übertragen (§ 74 C.O.); es ist ein höchst persönliches, in seiner Ausübung darf sich der Masseverwalter nicht vertreten lassen. Ist er an der Ausübung verhindert, so substituirt ihn kraft eigenen Rechtes und unter eigener Verantwortlichkeit der Masseverwalter-Stellvertreter.

Dagegen ist der Masseverwalter berechtigt,[4] sich durch einen Advokaten in allen Processen helfen (sich durch ihn „ver-

---

[1]) Kaserer S. 149 ff.; Kissling S. 254 ff.; Schwarz S. 187 ff. — Vgl. auch Fitting, Reichsconcursrecht S. 247 ff.; Kohler, Lehrbuch des Concursrechts S. 400 ff.; ung. C.O. § 100 ff.

[2]) Sie decken sich nicht mit denen der Gläubiger oder gar mit der mythischen Gläubigerschaft; a. M. Schwarz S. 187.

[2a]) § 144 al. 2 C.O. ist zu eng gefasst.

[3]) A. M. die im § 76 C.O. zum Ausdruck gekommene (nicht bindende) Theorie und die in Anm. 1 genannten Oesterreicher, ferner Gl.U. No. 13610; Kohler a.a.O. S. 400 f.; wie Text Menzel, Anfechtungsr. S. 286 f.; v. Schrutka, Compensation S. 24 und die herrschende deutsche Lehre. Privatrechtlicher Stellvertreter ist der Masseverwalter nicht.

[4]) Verpflichtet ist er hiezu in Fällen des Anwaltszwanges; Gl.U. No. 4821.

treten") zu lassen, welche den Beistand eines Advokaten erfordern (§ 77 C. O.), mag Anwaltszwang bestehen oder nicht. Auch ausserhalb der Processe darf und muss er nöthigenfalls den Rath oder Beistand eines Advokaten in Anspruch nehmen. Sind mehrere Masseverwalter bestellt (was in der Praxis kaum vorkommt), so handeln sie gemeinschaftlich[5]) (vgl. § 1011 a.b.G.B.).

Caution leistet der Masseverwalter nicht.

II. Der Inhalt des Amtes wird vor Allem in der C.O. bestimmt; ergänzend ist das Privatrecht heranzuziehen. Als Inhalt dieses Amtes bezeichnet § 76 C.O., dass der Masseverwalter den Activ- und Passivstand der Masse zu ermitteln, für die Einbringung und Sicherstellung des ersteren, sowie für die Feststellung des letzteren, insbesondere durch Prüfung der angemeldeten Ansprüche zu sorgen hat; hiezu kommt noch nach § 16 A.G. als weiterer Inhalt dieses Amtes, dass der Masseverwalter als Vertreter der Concursgläubiger die Anfechtungsprocesse zu führen hat.

Die Thätigkeit des Masseverwalters erstreckt sich demnach in vier Richtungen: a) Feststellung der Passiven, b) Feststellung (und Sicherung) der Activen einschliesslich der Anfechtungsansprüche, c) Realisirung der Activen, d) Vertheilung dieses Realisates.

Bei jeder dieser Functionen stehen dem Masseverwalter die einzelnen Concursgläubiger als Gegner, „Dritte" gegenüber, selbst insoweit es sich um die Geltendmachung der Anfechtungsansprüche handelt; denn diese sind gemeinsame Ansprüche der Concursgläubiger, denen sehr wohl Verpflichtungen der Einzelnen gegenüberstehen können.

III. ad a) Der Masseverwalter hat die Richtigkeit und Rangordnung der im Concursverfahren angemeldeten Forderungen zu prüfen und ist verpflichtet, über jede Anmeldung[6]) seine Erklärung nach bestem Wissen dahin abzugeben, ob er sie für liquid halte oder nicht. Sowohl bei dieser Prüfung als auch bei der Erklärung hat er die Sorgfalt eines redlichen und fleissigen Hausvaters anzuwenden (§ 76 C.O.); d. h. er hat derart vorzugehen, wie der Gemeinschuldner selbst als redlicher Mann vorzugehen hätte. Er muss darum Sorge tragen, dass, wenn irgend möglich, keine fal-

---

[5]) A. M. gegen das klare Gesetz Schwarz S. 186.

[6]) Nur über seine eigenen nicht; da giebt der Masseverwalter-Stellvertreter die Erklärung ab (§ 120 C.O.).

schen Gläubiger sich einschleichen,[7] d. h. dass der Kreis der concurrirenden und der Concursgläubiger sich möglichst decke.

Lehnt der Masseverwalter die Liquidirung einer Anmeldung ab, so führt er den etwaigen Liquidirungsprocess für Gefahr und Rechnung des Gemeinschuldners; auch kann er, insoferne er als Masseverwalter ein rechtliches Interesse daran hat, seinerseits die Feststellungsklage wider den Gläubiger anstellen, dass dessen angemeldeter Anspruch nicht zu Recht bestehe (§ 228 C.P.O.). In diesen Activ- und Passivprocessen ist der Gemeinschuldner Partei, der Masseverwalter sein gesetzlicher Vertreter;[8] dem Ermessen des Processgerichtes ist es anheimgestellt, ob es den Gemeinschuldner, den Masseverwalter oder Beide als Partei vernehmen will (§ 373 C.P.O.);[9] als Zeuge kann demnach keiner von ihnen vernommen werden.

Die Details des Anmeldungs- und Liquidirungsverfahrens s. bei §§ 43, 45, 46.

IV. ad b) Die Activen der Concursmasse bestehen aus dem Vermögen des Gemeinschuldners, welches der Execution unterliegt, und aus den Anfechtungsansprüchen.

1. Die Ermittlung und Sammlung des Vermögens des Gemeinschuldners und seine Verwaltung sind Amtspflichten des Masseverwalters. Er muss wie ein guter Hausvater diese Pflichten erfüllen. Dabei ist er bezüglich der Ermittlung der Activen, also auch bezüglich der Anstrengung von Activprocessen regelmässig[10] nur der Controlle des Concurscommissärs unterworfen (§ 80 C.O.), während er bezüglich der Verwaltung derselben, wenn möglich und bei wichtigeren Verwaltungshandlungen den Beschluss des Gläubigerausschusses einzuholen hat (§ 140 C.O.).

Zum Zwecke dieser Ermittlung ist der Masseverwalter berechtigt, alle Nachforschungen zu pflegen. Ihm sind die Bücher und

---

[7] Kohler S. 400; Benedikt, Zur Reform der C.O. S. 11 ff.

[8] Er darf daher nach § 228 Ger.Instr. Urkundenabschriften bei Gericht verlangen, welche den Gemeinschuldner betreffen; Gl.U. No. 5149.

[9] Die Eidesfähigkeit war äusserst bestritten; die Unklarheit der theoretischen Grundanschauungen kam in der Praxis sehr zum Ausdrucke; Gl.U. No. 4746, 4640, 6273, 8751, 5112, 5819, 5710, 6273, 8079, 11624, 12473; bald ist da die Gläubigerschaft, bald der Gemeinschuldner, bald der Masseverwalter, bald sind die einzelnen concurrirenden Gläubiger Partei.

[10] Ausnahme: § 147 lit. b, c. C.O. S. auch unten § 59 II.

Aufzeichnungen des Gemeinschuldners zu übergeben (§ 87 C.O.), ihm die an denselben einlangenden Briefe und sonstigen Post- und Telegraphensendungen auszufolgen (§ 89 C.O.); ihm gegenüber haben die Realgläubiger sowie die Verwalter besonderer Zweige des Concursvermögens eine weitgehende Auskunftspflicht (§§ 82, 164 C.O.).

Bei der Ermittlung der Activen und Passiven ist für den Masseverwalter hauptsächlich, aber nicht ausschliesslich, der Rechtsstandpunkt maassgebend; so weit es möglich ist, haben neben demselben die ökonomischen Erwägungen Platz zu finden. So wird der Masseverwalter u. A. einen zweifelhaften Anspruch des Gemeinschuldners nicht im Processweg durchsetzen, wenn der Drittschuldner selbst zahlungsunfähig ist; einen Rückforderungsanspruch wird er anerkennen, wenn die Kosten selbst einer siegreichen Bestreitung den Erfolg des Sieges überwiegen. Er wird auch hier so vorgehen wie der Gemeinschuldner selbst bei vernünftigem Ermessen vorgehen würde, wenn er nicht im Concurse wäre. Andererseits ist darum der Masseverwalter berechtigt und verpflichtet, Activen, die zum Concursvermögen des Gemeinschuldners gehören, nöthigenfalls im Processwege festzustellen und zu sichern. In diesen Activprosessen[11]) vertritt der Masseverwalter den Gemeinschuldner, ohne einer Legitimation zur Processführung zu bedürfen; doch wird ein vorsichtiger Masseverwalter in wichtigeren Fällen die Zustimmung des Gläubigerausschusses zur Processführung einholen. Ebenso ist der Masseverwelter berechtigt und verpflichtet, um die Relicitation eines Gutes einzuschreiten und ein Ueberbot zu machen.

Das Amt des Masseverwalters bezieht sich aber nur auf das Concursvermögen; höchstpersönliche Rechte des Gemeinschuldners, sowie solche Ansprüche desselben, welche ausserhalb des Concursvermögens fallen, darf nicht er, sondern nur der Gemeinschuldner selbst geltend machen, so z. B. den Anspruch darauf, dass gewisse Mobilien von der Execution frei bleiben.[12])

Die Verwaltung des Concursvermögens beschränkt sich vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt wenn möglich auf die Verwahrung des Concursvermögens, doch kann z. B. das Geschäft des Ge-

---

[11]) Armenrecht besteht für diese Processe nicht; Gl.U. No. 5197, 12597; § 63 C.P.O. Die alte Streitfrage, ob in den Activprocessen actorische Caution gegeben werden müsse (bejahend v. Schrutka in Grünhut's Ztschr. IX S. 44 ff.; verneinend Oesterr. Rechtsl. I S. 38; Spruch-Rep. No. 50) ist durch § 57 C.P.O. abgeschnitten.

[12]) Nowak IV No. 124.

meinschuldners auch bei voraussichtlichem Nutzen oder zur Erleichterung eines Ausgleiches fortgeführt werden (§ 142 C. O.). Nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt geht die Verwaltung mit der Realisirung Hand in Hand.

2. Die Anfechtungsansprüche macht der Masseverwalter als Vertreter der Concursgläubiger geltend; vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt bedarf er hiezu der Ermächtigung des Concurscommissärs, nach derselben des Gläubigerausschusses[13]) (§ 147a C.O.). Der Gemeinschuldner ist nicht Partei, daher logischer Weise zeugnissfähig; doch gilt die positive ausnahmslose Vorschrift des § 373 C.P.O., nach welcher der Gemeinschuldner auch in diesen Anfechtungsprocessen vernommen werden kann, als wäre er Partei, und daher nicht als Zeuge vernommen werden darf. (S. auch § 33 IV.)

V. ad c) Die Realisirung des Concursvermögens besorgt grundsätzlich der Masseverwalter nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt im Wege der executiven Versteigerung aller Activen, welche nicht in baarem Gelde bestehen (§ 143 ff. C.O.). Da es sich hiebei regelmässig um wichtige Verwaltungshandlungen handelt, ist der Gläubigerausschuss zur Beschlussfassung aufzufordern (§ 140 C.O.); doch kann derselbe auf die Dauer diese Art der Realisirung des Vermögens nicht hintanhalten, es sei denn dadurch, dass er im Einvernehmen mit dem Masseverwalter eine andere Art der Realisirung beschliesst;[14]) s. auch § 148 C.O.

Das Realisat hat der Masseverwalter, soweit es nicht sofort zur Vertheilung gelangt, fruchtbringend anzulegen, eventuell auf Verlangen des Concurscommissärs und (nach Wahl eines Gläubigerausschusses) dieses Ausschusses bei Gericht zu erlegen (§ 139 C.O.).

VI. Die Vertheilung des Realisates besorgt der Masseverwalter, sei es auf Grund eines Vertheilungsentwurfes (§ 173 C.O.), sei es ohne solchen (§ 172 C.O.) im Einvernehmen mit dem Gläubigerausschusse und unter Zustimmung des Concurscommissärs.

Auf Grund dieser Verwaltung des Vermögens und dieser Ver-

---

[13]) Steinbach, Comm. S. 94; Menzel, Anfechtungsr. S. 286 ff.; Krasnopolski, Anfechtungsr. S. 69; entg. Schwarz S. 189. Merkwürdiger Weise ist diese ganz klare Sache auch in der Praxis streitig; wie Text Gl.U. No. 10667, 10824; entg. Gl.U. No. 12405.

[14]) Vgl. Dr. G., Weigerung der Ausschüsse, die Rechnung des Masseverwalters zu fertigen (G.H. 1883 No. 42). Ist kein Gläubigerausschuss vorhanden, so prüft der Concurscommissär die Rechnung.



theilungen desselben legt er alljährlich und bei Beendigung seines Amtes dem Concurscommissär Rechnung, deren Genehmigung oder Bemängelung dem Gläubigerausschusse, eventuell auch dem neuen Masseverwalter zusteht.

VII. Die Wirkung der Handlungen des Masseverwalters wird, da er kein privatrechtlicher Stellvertreter ist, ausschliesslich aus seiner Person beurtheilt, nicht aus der des Gemeinschuldners oder der Gläubiger. So werden die Fragen des Irrthums, Betrugs, der Simulation und Mentalreservation nur mit Rücksicht auf den Masseverwalter und den Dritten, nicht auch auf den Gemeinschuldner oder Gläubiger beantwortet.

Bei der Ausübung seines Amtes steht der Masseverwalter zu den concurrirenden Gläubigern in doppelter Beziehung: zu den Einzelnen und zur Gesammtheit. Die einzelnen concurrirenden Gläubiger stehen ihm gegenüber, wie sie es gegen den Gemeinschuldner selbst gethan hätten; sie machen gegen die „Concursmasse" Rechte geltend. Dagegen gewährt die C.O. den concurrirenden Gläubigern auch Rechte und Pflichten im Interesse Aller, die sie durch bestimmte Organe, die Gläubigerversammlung und den Gläubigerausschuss ausüben. Ohne Vertreter derselben zu sein, steht der Masseverwalter zu ihnen in einem Verpflichtungsverhältnisse; dasselbe ist nicht privatrechtlicher, sondern öffentlichrechtlicher Art und besteht darin, dass der Masseverwalter bei Ausübung seines Amtes als Vertreter des Gemeinschuldners und (rücksichtlich der Anfechtungsansprüche) der Concursgläubiger der Controlle der Gläubigerversammlung und des Gläubigerausschusses (hinsichtlich der Pflicht- und Zweckmässigkeit seiner Verwaltungs- und Realisirungshandlungen) unterliegt (§ 85 C.O.), und dass er in den in den §§ 147, 148 C.O. genannten Fällen an die Beschlüsse dieser Organe gebunden ist.[15])

Zwar nicht nach Aussen hin: die Rechtswirkung seiner Handlungen nach Aussen hin ist nur an die correcte formelle Legitimation des Masseverwalters geknüpft. Aber derselbe macht sich durch jede Pflichtwidrigkeit[16]) insbesondere gegen die Vorschriften der §§ 140, 147, 148 C.O., und durch jede zweckwidrige Handlungs-

---

[15]) Menzel, Anfechtungsr. S. 286 ff. Grundsätzlich anders die deutsche C.O.: Fitting S. 258 ff.

[16]) Z. B. wenn es es unterlässt, rechtzeitig den Rath eines Sachverständigen einzuholen; vgl. Gl.U. No. 613.

weise **persönlich verantwortlich und haftbar**, u. z. nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, insbesondere nach dem § 1299 a.b.G.B. und auch nach den Vorschriften des Strafgesetzes (§§ 101 ff. St.G.). Die Verantwortlichkeit besteht sowohl dem Gemeinschuldner als jedem Einzelnen der Gläubiger und Rückforderungsberechtigten als jedem Dritten gegenüber.

VIII. Es ist klar, dass das Amt des Masseverwalters einen klugen, geschäftserfahrenen und gewissenhaften Mann erfordert. Um solche zu gewinnen, ist dem Masseverwalter ein Anspruch auf eine Belohnung für seine Mühe und auf Ersatz der von ihm bestrittenen Kosten gewährt (§ 78 C.O.).[17] Diese Entlohnung ist nicht nach Procentsätzen des Concursvermögens und nicht ausschliesslich nach dem Erfolge zu bemessen, sondern unter Würdigung des Umfanges und der Wichtigkeit der Geschäftsführung, sowie der Thätigkeit und Umsicht des Verwalters.[18] Sie ist aus dem Concursvermögen zu leisten; der Gemeinschuldner haftet überdies persönlich für dieselbe, sowie für den Ersatz der Baar-Auslagen, insoweit Beides nicht aus der Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen entstanden ist.[19]

Ueber das Verfahren bei Festsetzung dieser zu den Massekosten gehörigen Entlohnung ist im § 56 gehandelt.

§ 36. Der Masseverwalter-Stellvertreter.

I. Da das Amt des Masseverwalters ein höchstpersönliches ist, welches eine Vertretung nicht zulässt, ist es nothwendig, für den Fall zu sorgen, dass der Masseverwalter an der Ausübung seines Amtes verhindert sei. Für diesen Fall ist der Masseverwalter-Stellvertreter da (§ 81 C.O.). Er vertritt nicht den Masseverwalter unter dessen Verantwortung, sondern direct den Gemeinschuldner hinsichtlich des Concursvermögens und die Concursgläubiger hinsichtlich der Anfechtungsansprüche; er übt ein eigenes,

---

[17] Schwarz S. 194 ff.; Kaserer S. 151.

[18] S. die schöne Entscheidung in Seuffert's Arch. XLVII S. 481; R. Pollak, Ueber die Reform der C.O. (in Jur.Bl. 1895 No. 51 f.); Petersen-Kleinfeller, Comm. S. 327; Mayer in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XXI S. 342 ff.; dagegen Schwarz S. 196 ff.

[19] Die Gläubiger haften für die Kosten in keinem Falle persönlich (§ 160 C.O.; § 24 A.G.); Gl.U. No. 4211.



höchstpersönliches Amt unter ausschliesslich eigener Verantwortlichkeit aus.

II. Für den provisorischen Masseverwalter wird kein Stellvertreter bestellt,[1]) weil jenes Functionsdauer mit der sog. Wahltagfahrt, also nach sehr kurzer Zeit abläuft und daher ein Fall seiner Verhinderung nicht wahrscheinlich ist. Dagegen ist jedem definitiven Masseverwalter, sei er nach § 74 C.O. oder § 143 C.O. bestellt, ein Masseverwalter-Stellvertreter beizugeben. Dies gilt auch in dem Falle, dass die concurrirenden Gläubiger von ihrem Vorschlags- oder Wahlrechte keinen Gebrauch machen und in Folge dessen das Concursgericht den definitiven Masseverwalter bestellen muss; es hat dann auch einen Stellvertreter zu bestellen.

III. Die Voraussetzungen, die Bestellung und die Legitimation, ferner der Beginn und das Ende des Amtes des Stellvertreters decken sich mit jenen des Masseverwalters. Auch sind die Rechte und Pflichten dieser beiden Personen gleich.

Nur beginnt die Ausübung des Amtes des Stellvertreters erst bei Verhinderung des Masseverwalters und endet beim Wegfall dieses Hindernisses. Sowohl der Eintritt als auch der Wegfall des Hindernisses sind dem Concurscommissär anzuzeigen; der Stellvertreter hat aber sein Amt ohne Rücksicht auf diese Anzeige pflichtgemäss anzutreten. Insoweit der Masseverwalter Gläubiger des Gemeinschuldners oder Vertreter eines Gläubigers ist, tritt gleichfalls der Masseverwalter-Stellvertreter in die Functionen des — sonst nicht behinderten — Masseverwalters ein; dies gilt besonders für das Liquidirungsverfahren (§ 120 C.O.) und die Liquidirungsprocesse.

IV. Auch der Masseverwalter-Stellvertreter hat den Anspruch auf Entlohnung und den Ersatz seiner Baarauslagen wie der Masseverwalter.

§ 37. Die anderen Verwalter.

I. Neben dem Masseverwalter und seinem Stellvertreter, deren Functionen einander ergänzen, können im Concurse noch andere Vermögensverwalter vorkommen. Es sind dies

a) die besonderen Verwalter,

b) die von Realgläubigern gewählten Verwalter,

c) die executiven Sequester.

---

[1]) Kaserer, Aus der Praxis in Concurssachen (G.Z. 1869 S. 401 ff.).

II. ad a) Besondere Verwalter[1]) sind die mit der Verwaltung bestimmter Theile des Concursvermögens, insbesondere von Immobilien und von Bergwerksvermögen betrauten Personen (§ 82 C.O.). Ihre Bestellung erfolgt aus Zweckmässigkeitsrücksichten, namentlich wenn die Geschäfte von einer Person nicht bewältigt werden können und die Bestellung mehrerer Masseverwalter sich nicht empfiehlt, weil dieselben „gemeinschaftlich“ handeln müssen (§ 74 C.O.), was die Geschäftsführung eher erschwert denn erleichtert.

Die Bestellung erfolgt vom Concursgericht nach Anhörung des Masseverwalters und mit Zustimmung des Gläubigerausschusses[2]) (§ 82 C.O.); die Gläubigerversammlung wird nicht befragt.

Die Voraussetzungen für die Bekleidung dieses Amtes decken sich mit jenen für das Amt des Masseverwalters; nur müssen die besonderen Verwalter nicht am Amtssitz des Concurscommissärs ihren Wohnsitz oder Aufenthalt haben (§ 82 C.O.); es empfiehlt sich,[3]) wenn sie ihn beim verwalteten Gute haben.

Das Amt beginnt mit der Bestellung und der Zustellung des Bestellungsdecretes; dem besonderen Verwalter ist der Handschlag abzunehmen. Es endet mit seiner Abberufung, welche a) aus denselben Gründen wie beim Masseverwalter (s. § 34 IX), ferner b) jederzeit nach Ermessen des Concursgerichtes, wenn die abgesonderte Verwaltung nicht mehr als erforderlich erscheint, und c) auf Antrag des Masseverwalters erfolgen kann (§ 82 C.O.).

Der Inhalt des Amtes besteht in der Verwaltung des betreffenden Vermögenstheiles.[4]) Mit der Feststellung der Passiven hat der besondere Verwalter nichts zu thun; auch ist er nicht als Vertreter des Gemeinschuldners in Activ- und Passivprocessen legitimirt,[5]) es handle sich denn um solche Processe, bei denen jeder Verwalter (z. B. ein Sequester) hiezu legitimirt wäre. Ebensowenig ist der besondere Verwalter an der Realisirung des von ihm verwalteten Vermögenstheiles betheiligt, insoweit dieselbe über die Verwaltung hinausgeht; den Verkauf der Bodenfrüchte z. B. besorgt er, jenen des Bodens nicht.

---

[1]) Schwarz S. 186 f.

[2]) Ist kein Gläubigerausschuss vorhanden, so entscheidet das Concursgericht allein.

[3]) Das Gesetz schreibt es nicht ausdrücklich vor.

[4]) Derselbe bildet keine besondere Masse.

[5]) Gl.U. No. 7734.

Innerhalb seines Amtes handelt er unter eigener Verantwortung; er untersteht dem Masseverwalter nicht, hat aber diesem gegenüber die Auskunftspflicht über die ganze Verwaltung.

Auf Kostenersatz und Entlohnung hat der besondere Verwalter Anspruch.

III. ad b) Realgläubiger eines unbeweglichen, zum Concursvermögen gehörigen Gutes sind berechtigt, jederzeit — nicht bloss aus Zweckmässigkeitsgründen — auf Antrag eines aus ihrer Mitte bei einer vor dem Realgerichte angeordneten Tagfahrt einen Verwalter dieses Immobile zu wählen[6]) (§ 74 C. O.). Derselbe muss den Voraussetzungen der besonderen Verwalter des § 82 C.O. entsprechen, ist vom Realgerichte zu bestellen,[7]) und hat rücksichtlich dieses Immobile die Rechte und Pflichten der besonderen Verwalter.

Es besteht kein Hinderniss, den Masseverwalter selbst zum Verwalter dieses Immobile zu wählen,[8]) obwohl dies nicht sehr praktisch ist. S. übrigens § 53 Vb.

IV. ad c) Die Pfandgläubiger können vor und nach der Concurseröffnung die Bestellung eines executiven Sequesters für ein unbewegliches Gut erwirkt haben; derselbe ist dann, wenn nicht überwiegende persönliche und sachliche Gründe dawider sprechen, auch während des Concurses in seiner Stellung zu belassen (§ 83 C. O.). Er ist jedoch dann nicht mehr als Sequester, sondern als Verwalter anzusehen und nach § 82 C. O. zu behandeln.[9])

Er hat die Rechte und Pflichten besonderer Verwalter.

---

[6]) Gl. U. No. 13766.

[7]) Das Concursgericht ist hievon zu verständigen (§ 74 C. O.).

[8]) Gl. U. No. 9177, 12194.

[9]) Gl. U. No. 9883.

VI. Capitel.

Die Passiven.

§ 38. Allgemeines.[1])

I. Passiven sind Ansprüche, welche auf Befriedigung aus dem Concursvermögen gewiesen sind. Die Concursordnung geht von der Voraussetzung aus, dass als solche im Concurse geltend gemacht werden können: a) Rückforderungsansprüche, b) Realansprüche, c) Concursansprüche, d) Masseansprüche. Die ältere concursrechtliche Literatur bezeichnete als Gläubiger ebenso wie die C.O. jeden, welcher auf das Concursvermögen oder auf einzelne Objecte desselben solche Ansprüche erhob, einschliesslich der Rückforderungsberechtigten und Realgläubiger.[2]) Aus diesem weiteren Begriff der Passiven, resp. der Gläubiger müssen jedoch die Rückforderungsberechtigten hier ausgeschieden werden. Ihre Ansprüche gehen nicht auf Befriedigung aus dem Concursvermögen, sondern darauf, dass bestimmte Sachen als nicht zum Concursvermögen gehörig („dem Gemeinschuldner nicht eigenthümlich gehörig", § 26 C.O.) ihnen auszufolgen sind. Auch der Sprachgebrauch des täglichen Lebens begreift sie nicht unter den terminus „Gläubiger." Der so eingeschränkte terminus „Gläubiger" empfiehlt sich, um einen gemeinsamen Namen für alle Personen zu gewinnen, welche einen der sub b—d erwähnten Ansprüche zu stellen haben.

Unter diesem weiteren Begriff der Gläubiger (der Passiven) lassen sich dann die nothwendigen Untertheilungen desselben:

---

[1]) Vgl. Oetker, Concursr. Grundbegr. I S. 134—171.

[2]) Bayer, Concurspr. S. 81 ff.; Oetker a.a.O. S. 132.

a) Concursgläubiger, b) concurrirende Gläubiger, c) Realgläubiger (Deckungsberechtigte), d) Massegläubiger leicht unterscheiden. An dieser Terminologie soll im Buche festgehalten werden. Die Gewinnung einer einheitlichen Terminologie ist um so wichtiger, als die C.O. und das Anfechtungsgesetz sich einer solchen nicht erfreuen.

Für die Concursgläubiger wird in dem Gesetze bisweilen dieser terminus (z. B. Marginalrubrik zu § 42, ferner §§ 46, 155, 222 C.O.), häufiger aber „Gläubiger" schlechtweg verwendet (§§ 1, 5, 8, 17, 19, 20, 24, 30, 67, 68, 69, 75, 89, 198, 201, 233 ff., 245, 249, 251, 252 C.O.; §§ 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 13 Anf.Ges.); einige Male kommt auch „persönliche Gläubiger"[3]) vor (§§ 30, 66, 190, 247 C.O.), einmal „muthmaasslicher Gläubiger" (§ 107 C.O.).

Der terminus „Gläubiger" dient aber nicht nur zur Bezeichnung der Concursgläubiger, sondern einmal (§ 195 C.O.) zur Bezeichnung aller Gläubiger im weitesten Sinne einschliesslich der Rückforderungsberechtigten, einmal zur Bezeichnung der Realgläubiger (§ 152 C.O.), wiederholt zur Bezeichnung der Concursgläubiger und Realgläubiger (§§ 12, 30, 37 C.O.) sehr häufig zur Bezeichnung der concurrirenden Gläubiger (§§ 74, 84, 97, 98, 111, 115, 117, 119, 121, 123 ff., 129, 134, 136, 143 ff.. 149, 150, 181, 184, 186, 188 C.O.). Der terminus „concurrirende Gläubiger" ist der C.O., wie auch ihre Trennung von den Concursgläubigern[4]) fremd. Wenn sie diese Personen nicht Gläubiger schlechtweg nennt, bezeichnet sie dieselben häufig als „Concursgläubiger" (z. B. §§ 168, 171, 176, 207, 209, 230 C.O.).

Die Massegläubiger werden in der C.O. regelmässig als solche bezeichnet (z. B. §§ 28 ff., 137, 155, 160 C.O.), die Realgläubiger als solche (z. B. §§ 30 ff., 163, 213 C.O., § 16 Anf.Ges.); doch werden die letzteren bisweilen unter den terminus „Gläubiger" mitbegriffen (§§ 12, 30, 37 C.O.), einmal allein unter diesem terminus verstanden (§ 152 C.O.).

Die Rückforderungsberechtigten nennt die C.O. regelmässig bei diesem Namen (§§ 26, 159, 210 C.O.); einmal begreift sie dieselben unter dem Namen „Gläubiger" mit (§ 195 C.O.).

II. Für die einzelnen Gruppen der oben genannten Personen gilt folgendes:

---

[3]) Vgl. Oetker S. 142.

[4]) Die Erkenntniss dieser Trennung ist das Verdienst Oetker's.

Wir bezeichnen (s. I) als Gläubiger alle diejenigen Personen, welche einen Anspruch zur Befriedigung aus dem ganzen Concursvermögen oder aus einzelnen Stücken desselben stellen. Zwischen dem Anspruch und dem (thatsächlich) als Concursvermögen behandelten Vermögen muss demnach ein Zusammenhang bestehen. Dadurch scheiden aus

a) jene Personen, welche einen Anspruch auf eine persönliche Leistung, Unterlassung oder Duldung des Gemeinschuldners stellen[5]) (§ 9 C.O.). Es ist klar, dass es sich nur um solche Gemeinschuldner handeln kann, welche physische Personen sind.

Tritt an die Stelle des Anspruches auf die persönliche Leistung, Unterlassung oder Duldung ein Anspruch auf eine Vermögensleistung (z. B. nach § 309 A.G.O. oder als Entschädigungsanspruch), so ist der Anspruchswerber am Concursverfahren theilzunehmen berechtigt;

b) jene Personen, welche nur einen Feststellungsanspruch geltend machen, insoweit ein solcher zulässig ist;[6])

c) jene Personen, welche einen Anspruch auf Vermögen geltend machen, welches dem Concursverfahren nicht unterzogen wird, sei es, weil es der Execution nicht unterliegt (Alimentationsansprüche, die mit der entsprechenden Beschränkung geltend gemacht werden), sei es, weil es in das Concursverfahren auf Grund entsprechender Willenserklärung des Masseverwalters nicht einbezogen wird, obwohl es einbezogen werden könnte (vgl. § 10 C.O.), sei es endlich, weil es erst nach der Concursaufhebung erworben wird (§ 190 C.O.). Die Zulässigkeit von Klagen dieser Art während des Concursverfahrens und gegen den Gemeinschuldner selbst ergiebt sich durch ein argumentum e contrario aus den §§ 1 und 11 C.O.;[7]) jedoch kann von einem Concursgläubiger in das nach § 5 C.O. einem Gemeinschuldner zum Unterhalt überlassene Concursvermögen keine Execution geführt werden (s. § 29 III, c, d). Auch die zeitliche Cumulirung einer solchen Klage mit der Anmeldung im Concurse kann nicht als unzulässig angesehen werden; die Ein-

---

[5]) Vgl. Krainz-Pfaff II S. 141 Anm. 16.

[6]) v. Canstein, Lehrb. I S. 20; Ullmann S. 177; Ernst Demelius S. 33 ff.; R. Pollak, Form und Rechtskraft d. Civilurtheils (in Grünhut's Ztschr. XXII S. 522); Spruch-Rep. No. 46; §§ 228, 236 C.P.O.

[7]) Zweifelhafter, doch in gleicher Weise zu beantworten nach § 11 dtsch. C.O. Vgl. Oetker; Concursr. Grundbegr. I S. 202 ff.

rede der Rechtshängigkeit hat nicht statt.[8]) Ob die aufgewendeten Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendig waren, ist quaestio facti (§ 41 C.P.O.).

III. Die Rückforderungsberechtigten, das sind Personen, welche Sachen in Anspruch nehmen, welche dem Gemeinschuldner (d. i. hier die Person, über deren Vermögen der Concurs eröffnet worden) ganz oder zum Theile nicht eigenthümlich gehören (§ 26 C.O.), sind in das Concursverfahren nur derart eingegliedert, dass sie ihre Ansprüche gegen den Masseverwalter geltend machen müssen. Die Ansprüche, welche diese Personen stellen, beruhen auf der Behauptung, dass das Befriedigungsobject kein Bestandtheil des Concursvermögens sei. Logisch ist es demnach, diese Ansprüche wie die sub II genannten aus jeder Beziehung zum Concursverfahren loszulösen; allein dies würde unpraktisch sein, weil es Collusionen zwischen dem Gemeinschuldner und dem angeblich Rückforderungsberechtigten allzusehr erleichtern würde.[9])

IV. Aehnliches gilt von compensablen vermögensrechtlichen Ansprüchen an den Gemeinschuldner auf Grund der positiven Bestimmung der §§ 20 und 21 C.O. Nur dass hier der Gläubiger berechtigt bleibt, am Concursverfahren theilzunehmen, und dass im Falle eines Streites über die Compensabilität der Masseverwalter allerdings eingreift. (S. § 52.)

V. Gleich den Compensationsberechtigten stehen die Realgläubiger (und die auf ein Bergwerksvermögen hingewiesenen Gläubiger) nicht ausser aller Beziehung zum Concursverfahren. Die Realgläubiger sind Gläubiger, welche die Befriedigung zwar nicht aus dem Concursvermögen, wohl aber auf Grund eines ius in re aliena aus einzelnen Bestandtheilen desselben suchen. Zwar in derart enge Verbindung zum Concursverfahren, wie sie die Concursordnung vom 1. Mai 1781 statuirte,[10]) sind dieselben jetzt absichtlich nicht gesetzt;[11]) vielmehr dienen die einzelnen Vermögensstücke, auf welche sie ihr dingliches Recht geltend machen, als „besondere Masse" (§ 31 C.O.) ihrer vorzugsweisen Befrie-

[8]) A. M. Oetker I S. 216 ff.; vgl. für Text Leipen in Mitt. d. Prager Jur. V. XV S. 101 f.

[9]) S. § 29, III u. § 60; Petersen in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. IX S. 42 ff.

[10]) Sie standen nach § 17 in der zweiten (eigentlich dritten) Classe.

[11]) Motive bei Kaserer S. 71 ff.; Ullmann in Mitt. d. Prager Jur. V. I S. 6 ff.

digung (§ 30 C.O.). Allein das Concursverfahren wirkt sowohl bei der Feststellung ihrer Ansprüche (§ 137 C.O.) als auch bei ihrer Befriedigung aus der besonderen Masse (§ 163 C.O.) erheblich auf sie ein.

VI. Concursgläubiger sind diejenigen Personen, welche auf Grund von Verfügungen oder Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, die er vor der Concurseröffnung gesetzt hat, einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Concursvermögen zu stellen haben. (§§ 42 ff. C.O.; § 25 A.G.)

Concurrirende Gläubiger sind diejenigen Personen, welche unter Berufung darauf, dass sie Concursgläubiger sind, einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Concursvermögen stellen.

Die Classen der Concursgläubiger und der concurrirenden Gläubiger decken einander zwar in der Intention des Gesetzgebers, aber thatsächlich nicht, wie im § 45 ausgeführt ist. Für diese Concursgläubiger und concurrirenden Gläubiger ist das Concursverfahren eingerichtet.

VII. Massegläubiger sind diejenigen Personen, welche aus Verfügungen oder Rechtshandlungen des Masseverwalters oder der anderen concursmässigen Vertreter des Gemeinschuldners, die während des Concursverfahrens und rücksichtlich des Concursvermögens gesetzt sind, einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus demselben vor den Concursgläubigern zu stellen haben.

Auch hier ist der Unterschied, wie zwischen Concursgläubigern und concurrirenden Gläubigern, so zwischen den Personen zu machen, welche Massegläubiger sind, und solchen, welche sich als Massegläubiger geriren. Doch ist dieser Unterschied praktisch unerheblich.

I. Die Concursgläubiger.[1]

§ 39. Der Anspruch.

I. Concursgläubiger sind diejenigen Personen, welche wider den Gemeinschuldner einen Anspruch haben, der zur Zeit der Concurseröffnung besteht und aus dem Concursvermögen zur Befriedigung zu gelangen hat. Der § 1 C.O. sagt dies in der Form, dass unter den Begriff fallen jene „Gläubiger, deren Ansprüche zur

[1]) Schwarz S. 54 ff.; Hasenöhrl, Obligationenrecht II S. 428 ff.; vgl. auch Kohler, Lehrb. S. 318 ff.; Oetker, Concursr. Grundb. I S. 172 ff.; Ung. C.O. § 59 ff.



Zeit der Concurseröffnung bestanden haben." Der terminus „Gläubiger" ist hier (s. § 38 I) im engeren Sinne, im Gegensatze zu Realgläubigern genommen, und ist gleich „persönlicher Gläubiger"; dies ergiebt sich aus der in den §§ 42—48 enthaltenen Aufzählung der Concursgläubiger.

Aus der Begriffsbestimmung der Concursgläubiger sind nun einige Consequenzen zu ziehen. Der Grundsatz des Concursrechtes ist, dass diese Ansprüche im Concurse wie ausserhalb desselben bestehen; doch erleidet dieser Grundsatz erhebliche Ausnahmen.

II. 1. Die Person des Gläubigers kommt nicht in Betracht. Er kann ein In- oder Ausländer sein (§ 51 C.O.); die Behandlung als Gläubiger ist, materielle Reciprocität[2]) vorausgesetzt, die gleiche, u. z. ohne Rücksicht darauf, ob der Ausländer den Anspruch an den Gemeinschuldner schon vor der Concurseröffnung hatte, oder ob ihm als Universal- oder Singularsuccessor derselbe nach derselben überlassen wurde[3]) (§ 52 C.O.). Ebenso ist irrelevant, ob der Gläubiger zum Gemeinschuldner in einem verwandtschaftlichen Verhältnisse steht oder nicht; die Ehegattin als solche hat im Concurse ihres Ehegatten für ihre Ansprüche nicht mehr und nicht weniger Rechte und Pflichten als andere Gläubiger.

2. Der Anspruch muss ein Vermögensanspruch sein. Dies ergiebt sich sowohl aus § 1 C.O., der auf Befriedigung aus dem Concursvermögen hinweist, als aus § 9 C.O. Ausgeschlossen sind darnach nicht nur Ansprüche auf eine persönliche Leistung, Duldung oder Unterlassung des Gemeinschuldners, sondern auch Feststellungsansprüche, der Anspruch auf Rechnungslegung u. dgl.

3. Der Anspruch muss klagbar sein;[4]) dieser in der C.O. nirgends ausdrücklich ausgesprochene Satz ergiebt sich daraus, dass bei Naturalobligationen der Schuldner freiwillig leistet, und aus der Natur des auf der Unfähigkeit des Schuldners, seine klagbaren Verbindlichkeiten zu erfüllen, beruhenden Concursverfahrens.[5])

---

[2]) Die nach § 51 C.O. vermuthet wird, bei besonderem Anlasse zu Zweifeln aber vom Ausländer durch öffentliche Urkunden nachzuweisen ist; besteht Reciprocität nicht, so wird Retorsion geübt. Erforderlichen Falls ist das österr. Justizministerium um Aufklärung zu ersuchen. S. S. 40.

[3]) Wichtig für das Anfechtungsrecht; vgl. Krasnopolski in Grünhut's Ztschr. XVI S. 69 ff.

[4]) Schwarz S. 54; Menzel, Anfechtungsrecht S. 199.

[5]) Die ung. und die dtsch. C.O. sprechen den Satz gleichfalls nicht expresse aus; vgl. Oetker a.a.O. S. 142.

Naturalobligationen sind daher aus dem Concursverfahren ausgeschlossen.

4. Der Anspruch muss gegen den Gemeinschulder, d. i. jene Person, gerichtet sein, über deren Vermögen der Concurs eröffnet wurde. Dies ist bei Gesellschaftsconcursen von Bedeutung, weil da die gegen die Personengesammtheit gerichteten Ansprüche nach § 201 C.O. bevorzugt sind.

5. Der Anspruch muss gegen den Gemeinschuldner persönlich gerichtet, ein „persönliches Sachenrecht" (§ 859 a.b.G.B.) sein; diese aus § 1 C.O. nicht ersichtliche Beschränkung ergiebt sich aus den §§ 26 und 30 C.O., dem Gegensatze zu den Rückforderungsberechtigten und Realgläubigern. Dingliche Ansprüche, also sowohl ein Eigenthumsanspruch als auch ein ius in re[6]) fallen daher nicht hierunter; concurriren sie mit einem persönlichen Anspruch, so kann der letztere im Concursverfahren — auch unter Vorbehalt des dinglichen Anspruches [7]) — geltend gemacht werden.

6. Nicht erforderlich ist, dass die persönliche Haftung des Gemeinschuldners eine unbeschränkte sei. Auch wer nur in beschränkter Höhe für einen Anspruch mit seinem Vermögen haftet, der haftet mit seinem Vermögen.

7. Irrelevant ist auch, ob der Anspruch auf ein Gesetz, einen Vertrag oder eine erlittene Beschädigung (§ 859 a.b.G.B.) sich gründet; die C.O. unterscheidet nicht und schliesst keinen dieser Vermögensansprüche aus. Daher gehören hierher nicht nur, wie selbstverständlich, alle obligatorischen Ansprüche, sowie alle Entschädigungsansprüche, sondern auch alle Ansprüche aus dem Familienverhältnisse, z. B. der ehelichen und unehelichen Kinder auf Unterhalt, Ausstattung und Heirathsgut.[8]) Für die Ehegattin ist im § 1260 a.b.G.B. ausdrücklich verordnet, dass sie vom Zeitpunkte der Concurseröffnung an den wittiblichen Unterhalt, in eventu den Genuss des Heirathsgutes (u. z. im Concurse) anzusprechen habe, es werde denn bewiesen, dass sie am Vermögensverfall ihres Ehegatten „Ursache" sei.[9])

---

[6]) Die Praxis sieht bisweilen auch Ansprüche aus Mieth- und Pachtverträgen als dingliche an; Gl.U. No. 3970. Vgl. Flossmann, Zur C.O. (in G.H. 1880 No. 52).

[7]) Gl.U. No. 10083.

[8]) A. M. Schwarz S. 55; Ullmann in Grünhut's Ztschr. IV S. 91 ff.; v. Hussarek, Die familienrechtl. Alimentation (in Grünhut's Ztschr. XX S. 554 ff.); s. S. 165 ff.



8. Irrelevant ist auch, ob der Anspruch auf Sach- oder Geldleistung gerichtet ist. Zwar sind alle Concursforderungen als Geldansprüche geltend zu machen, wie aus § 110 C.O. sich ergiebt; allein ob sie ursprünglich Geldforderungen waren, oder erst durch die Concurseröffnung in solche umgewandelt wurden, das ist gleichgiltig.

9. Irrelevant ist auch, ob der Anspruch civilrechtlicher Natur und ob er zum Rechtsweg geeignet ist. Dies ergiebt sich aus § 73 Z. 4 und § 127 C.O. Demnach gehören hierher z. B. die Ansprüche auf Steuern und Gebühren, auf Rückersatz von solchen, Ansprüche aus dem Dienst- oder Arbeitsverhältnisse auch dann, wenn sie im Streitfalle vor den politischen Behörden, einem Gewerbegerichte und dergl. auszutragen sind.[10])

10. Irrelevant ist, ob der Anspruch schon vor der Concurseröffnung bestand;[11]) dagegen ist nach § 1 C.O. erforderlich, dass er zur Zeit der Concurseröffnung besteht. Wann ein Anspruch besteht, ist im Allgemeinen eine Frage des Civilrechtes. Doch erweitert die C.O. den Begriff. Es ergiebt sich aus § 46 C.O., dass auch die Zinsen bestehender Ansprüche und Process- und Executionskosten gleichen Rang mit dem Anspruch geniessen, auch wenn und insoweit sie erst nach der Concurseröffnung entstanden sind; ferner ergiebt sich aus § 14 C.O., dass auch noch nicht fällige Forderungen, aus § 16 C.O., dass auch suspensiv (und wie selbstredend resolutiv) bedingte Ansprüche,[12]) ferner aus § 18 C.O., dass auch Regressansprüche von Mitschuldnern, Wechselregressverpflichteten[13]) und Bürgen[14]) zu den Ansprüchen gehören, welche zur Zeit der Concurseröffnung „bestehen". Ferner zählen §§ 22, 23

---

[9]) Krainz-Pfaff II S. 386 f., 391 f.

[10]) Ullmann, Civilprocessr. S. 37 ff.; R. Pollak, „Dienststreitigkeiten" und „Gewerbegerichte" im Oesterr. Staatswörterbuch I S. 292 ff., 912 ff.

[11]) A. M. v. Schrutka, Compensation im Concurse, S. 46; vgl. Gl.U. No. 10673.

[12]) Gl.U. No. 9840. Die civilistische Lehre s. bei Unger, System II § 82; Pfaff-Hofmann, Comm. II S. 458 ff.; Hasenöhrl, Obligationenrecht I S. 487 ff.

[13]) v. Helm, Behandlung d. wechselmässigen Regressansprüche im C.V. (in Jur.Bl. 1882 No. 46 f.); v. Schrutka-Rechtenstamm, Compensation S. 61 ff.; Gl.U. No. 8822.

[14]) Gl. U. No. 10979; vgl. Oetker a.a.O. S. 150 ff.

C.O. die Entschädigungsansprüche hierher, welche nach der Concurseröffnung dadurch entstehen, dass der Masseverwalter den Eintritt in einen auf gegenseitige Leistungen gerichteten, noch nicht vollständig erfüllten Vertrag ablehnt; und § 26 C.O. nennt die Entschädigungsansprüche, welche an die Stelle von Rückforderungsansprüchen treten. Endlich erklärt § 25 A.G. die Forderungen des Anfechtungsgegners auf Wiedererstattung seiner Gegenleistung (nach verlorenem Anfechtungsprocesse) als Concursforderungen, soweit die Gegenleistung nicht in natura zurückgestellt werden kann oder die Masse nicht bereichert ist.[15])

Die Gläubiger dieser in den §§ 14, 16, 18, 22, 23 und 26 C.O. sowie § 25 A.G. genannten Ansprüche sind gleichfalls Concursgläubiger, obwohl die Definition des § 1 C.O. sie nicht deckt.

Künftige Gläubiger sind nicht Concursgläubiger.

11. Der Anspruch muss zur Zeit der Concurseröffnung bestehen; dagegen ist nicht erforderlich, dass eben jene Person Berechtigter zu diesem Zeitpunkte sei, die ihn geltend macht. Vielmehr ergiebt sich die Zulässigkeit der Universalsuccession aus allgemeinen Gründen, jene der Singularsuccession aus § 21 C.O. und dem § 1 des Ges. vom 16. März 1884 R.G.B. No. 35.[16]) Die Singularsuccession ist sowohl als entgeltliche wie als unentgeltliche (z. B. auf Grund einer Cession, eines Indossaments, einer Schenkung) zulässig; der neue Erwerber kann nicht mehr Rechte haben als der frühere Besitzer, wohl aber rücksichtlich der Compensabilität weniger. Die Singularsuccession kann im Sinne der §§ 1422 und 1423 a.b.G.B. auch wider Willen des bisherigen Gläubigers stattfinden. Einer neuen Anmeldung und Liquidirung des Anspruches, in welchen die Succession erfolgt ist, bedarf es nicht, sondern nur einer Anmerkung im Liquidirungsprotocolle (§ 115 C.O.).

III. Im Interesse dieser Gläubiger (Concursgläubiger) wird das Concursverfahren eingeleitet und durchgeführt. Das collidirende Interesse der einzelnen Gläubiger verlangt eine Leitung dieses Verfahrens. Aus den Zwecken dieses Verfahrens und seiner Leitung ergiebt sich ein Doppeltes. Einerseits werden die Gläu-

---

[15]) Menzel, Anfechtungsrecht S. 280 ff.

[16]) Die preussische C.O. v. 8. Mai 1855 enthielt im § 11 eine ausdrückliche Bestimmung. Ueber das Stimmrecht in den im Text genannten Fällen vgl. N., Zur Concursordnung (in Jur.Bl. 1872 S. 120 f.).

biger auf Grund ihres Interesses nicht nur in das Concursverfahren gewiesen, sondern auch an demselben betheiligt, erhalten sogar Rechte, welche sie ausserhalb des Concurses nicht hatten, — andererseits müssen sie sich Beschränkungen, namentlich bei der Leitung des Verfahrens gefallen lassen, welchen sie ausserhalb desselben nicht ausgesetzt gewesen wären. Diese Beschränkungen sind schon auf den Gedanken der Verlustgemeinschaft der Concursgläubiger zurückgeführt worden[17]) und lassen sich auch zum Theil aus diesem Gedanken heraus erklären, dass es billig sei, den durch den Vermögensfall des Schuldners entstandenen Schaden gleichmässig zu vertheilen. Zum andern Theile sind die Beschränkungen daraus zu erklären, dass sie zur Vermeidung erheblichen, durch die Interessencollision der Gläubiger drohenden Schadens dienen.

§ 40. Einzelne Ansprüche.

I. Alle Arten von Ansprüchen zu erörtern, welche einen Gläubiger zum Concursgläubiger machen, ist bei ihrer grossen Mannigfaltigkeit unthunlich. Es sollen nur die wichtigsten Fälle geprüft werden. Für dieselben gelten die im § 39 entwickelten Sätze, soweit im folgenden keine Ausnahme gemacht wird.

II. Die familienrechtlichen Ansprüche, zu denen auch die der unehelichen Kinder gezählt werden,[1]) sind lediglich insoweit zu betrachten, als sie im Zeitpunkte der Concuseröffnung bestehen[2]) (§ 1 C.O.). Wann dies der Fall sei, ist eine Frage des Civilrechts; festzuhalten ist nur die rechtliche Möglichkeit, dass ein in Renten, Raten und dergl. fällig werdender Anspruch einheitlich sein[3]) (§ 15 C.O.) und daher „bestehen" kann, obwohl der dies einzelner Renten, Raten und dergl. in der Zukunft liegt.

Mit dieser Begrenzung sind nun die einzelnen familienrechtlichen Ansprüche zu behandeln.

Das Gesetz begünstigt sie insoweit, als es den Kreis des executionsfähigen Vermögens der zur Leistung des Unterhaltes aus

---

[17]) Kohler, Lehrb. S. 1.

[1]) Vgl. v. Hussarek. Die familienrechtl. Alimentation (in Grünhut's Ztschr. XX S. 502 ff.); Lössl in Jur.Bl. 1892 No. 40.

[2]) Nach der Concurseröffnung entstehende Ansprüche dieser Art sind nicht Masseansprüche, sondern nur nach § 5 C.O. zu behandeln.

[3]) Krainz-Pfaff II S. 260 f.

dem Gesetze Verflichteten erweitert, indem es im § 7 des Ges. vom 29. April 1873 R.G.B. No. 68 die ständigen Dienstesbezüge von Privatbeamten gänzlich und im § 1 des Ges. vom 21. April 1882 R.G.B. No. 123 jene von Staatsbeamten in dem 300 fl. jährlich übersteigenden Betrage für die Execution solcher Ansprüche freigiebt. Da diese Gehaltsansprüche bis zu 800 fl. jährlich jedoch nicht in den Concurs einbezogen werden, ist die Frage nach der Concursfähigkeit familienrechtlicher Ansprüche ohne Rücksicht auf die citirten Gesetzesstellen zu beantworten.

Die herrschende Lehre verneint diese Concursfähigkeit, weil es sich nicht um güterrechtliche Ansprüche handle und mit Berufung auf § 5 C.O.[4]) Diese Verneinung ist ungerechtfertigt.

a) Der Anspruch der unehelichen Kinder ist nach § 171 a.b.G.B. unter die Ansprüche der Concursgläubiger zu rechnen. Die im § 171 a.b.G.B. erfolgte Bezeichnung dieser Alimentationsverbindlichkeit als „gleich einer anderen Schuld" macht dies sicher.[5])

b) Die Ansprüche der ehelichen Kinder nach § 139 a.b.G.B. (Erziehung und Versorgung), §§ 1218 und 1231 a.b.G.B. (Heirathsgut und Ausstattung), und § 1286 (Hinterlegung eines Theiles der Leibrente) sind gleichfalls concursfähig. Ob man sie als familienrechtliche in einen Gegensatz zu den „güterrechtlichen" Ansprüchen bringen will, ist nach § 1 C.O. irrelevant (s. § 39, II, 7), die Bezugnahme auf § 5 C.O. schon deshalb ungenügend, weil dieser Paragraph nur die Herabminderung einer Begünstigung des Gemeinschuldners sein sollte,[6]) und durchaus nicht einen Ausschluss der Alimentationsberechtigten aus den im § 1 C.O. genannten Gläubigern zum Ausdruck bringt.[7]) Andererseits würden nach der hier abgelehnten Ansicht die unehelichen Kinder (wegen des § 171 a.b.G.B.) besser gestellt sein als die ehelichen, was den anerkannten Intentionen des Gesetzes widerspräche; auch erklärt nicht nur § 1260 a.b.G.B. einen solchen familienrechtlichen Anspruch (den der

---

[4]) v. Hussarek, a.a.O. S.506ff., 554; Ullmann in Grünhut's Ztschr. IV S.91ff.; Ogonowski, Eheliches Güterrecht S.427; Kissling S.197ff.; Schwarz S. 55. Für das deutsche Recht Kohler, Lehrb. S. 323; Oetker a.a.O. I S. 159; wie Text Endemann S. 487.

[5]) Gl.U. No. 12446; a. M. v. Hussarek a.a.O. S. 554.

[6]) Motive zu § 5 bei Kaserer S. 36 f.

[7]) Undeutlich Kaserer S. 37.

Ehegattin) ausdrücklich als concursfähig, sondern die §§ 14 und 15 C.O. unterscheiden gleichfalls (wie § 1 C.O.) nicht, aus welchem Titel der Anspruch auf Renten, Unterhaltsgelder etc. erhoben werde, und begreifen daher auch die ex lege fliessenden Ansprüche der ehelichen Kinder in sich.

Sind demnach die genannten Ansprüche an sich concursfähig, so bleibt doch noch zu erwägen, ob sie nicht in ihrem Bestande (nicht bloss in ihrer Einbringlichkeit) von der Vermögenssufficienz des Verpflichteten abhängen; diese wichtige Frage[8]) ist bei Besprechung der Vorrechtsordnung zu prüfen (s. § 41 XV).[9])

c) Die Ansprüche der Eltern auf anständige Erhaltung nach § 154 a.b.G.B. sind gleich den sub b erörterten Ansprüchen concursfähig.

d) Die Ansprüche der Ehegattin[10]) an den Gatten bestehen in dem Anspruch auf anständigen Unterhalt (§ 91 a.b.G.B.), ferner aus den in dem Hauptstücke von den Ehepacten genannten Ansprüchen.[11]) Im Concursfalle hat die Ehegattin das Recht (zwar nicht die Rückstellung, wohl aber) die Sicherstellung des Heirathsgutes nach Analogie der §§ 15 und 16 C.O. zu fordern;[12]) ferner tritt an die Stelle aller andern Alimentationsansprüche der Anspruch auf den Fruchtgenuss des vorher unter den Ehegatten vereinbarten wittiblichen Unterhaltes, in eventu auf den Fruchtgenuss des Heirathsgutes (§ 1260 a. b. G. B.). Giebt es kein Heirathsgut, oder wird bewiesen, dass die Ehegattin am Vermögens-

---

[8]) Da man die Frage zu bejahen hat, so ist bei der regelmässigen (allerdings nicht ausnahmslosen) Insufficienz des Concursvermögens die Concursfähigkeit der genannten Ansprüche praktisch nicht sehr wichtig.

[9]) Der Fall des § 950 a.b.G.B. gehört nicht zu den hier erörterten Ansprüchen.

[10]) Ullmann, Die Stellung des Ehegatten im Concurse (in Grünhut's Ztschr. IV S. 91 ff.); v. Hussarek a.a.O. S. 527 ff.; Leipen in G.H. 1891 S. 177 ff.; Ogonowski, Eheliches Güterrecht I S. 426 ff.

[11]) Ullmann a. a. O. S. 104 ff. erklärt hievon die Widerlage, den Wittwengehalt und die Morgengabe als Schenkungen, jedoch nur rücksichtlich der Morgengabe mit Recht; so auch Kaserer S. 93; theilweise a. M. Ogonowski a.a.O. S. 434; vgl. Gl.U. No. 6680, 9218.

[12]) §§ 1245, 1260 a.b.G.B. Diese Sicherstellung fällt nicht unter § 11 C.O.; Krainz-Pfaff II S. 387. Inwieweit die Ehegattin vom § 26 C.O. Gebrauch machen kann, ist unten zu erörtern; vgl. Ogonowski a.a.O. S. 431.

verfall ihres Mannes Schuld ist, so bleibt der im § 91 a.b.G.B. statuirte Anspruch concursfähig wie die sub b und c genannten.

Wenn diese Sicherstellung des Heirathgutes, ferner die Substitution des im § 91 a.b.G.B. genannten Anspruches durch den Fruchtgenuss des Heirathsgutes oder des Wittwengehaltes begehrt wird, so ist, wie auch sonst bezüglich des Heirathsgutes, der Nachweis der erfolgten Vereinbarung, sowie der Zuzählung des Heirathsgutes[13]) durch einen Notariatsact in Abänderung des § 49 C.O. durch § 1 des Ges. vom 25. Juli 1871 R.G.B. No. 76 vorgeschrieben; diese notarielle[14]) Empfangsbestätigung muss entweder zur Zeit der Empfangnahme des Heirathsgutes oder spätestens ein Jahr vor dem Tage der Concurseröffnung ausgestellt sein, um von Wirkung zu sein (§ 49 C.O.). Ist der Ehegatte ein protocollirter Kaufmann oder persönlich haftender Gesellschafter einer protocollirten Handelsgesellschaft, so müssen die Ehepacten, um den Handelsgläubigern gegenüber wirksam zu sein, überdies[15]) im Handelsregister eingetragen sein (§ 50 C.O.; § 16 E.G.z.H.G.). Sind sie nicht eingetragen, so wirken sie Handelsgläubigern gegenüber gar nicht,[16]) und es verbleibt der Ehegattin nur der auf § 91 a.b.G.B. gestützte Anspruch. Sind sie eingetragen, so tritt die Wirkung der Eintragung jenen Handelsgläubigern gegenüber ein, deren Ansprüche am Tage der Eintragung oder später begründet wurden (§ 16 E.G.z.H.G.), dagegen nicht gegenüber den vorangehenden Handelsgläubigern; diese erhalten aus dem Concursvermögen jene Quote zugewiesen,[17]) welche ihnen ohne Rücksicht auf die Ehepacten zukommt.

---

[13]) Gl.U. No. 10397, 10912; Krainz-Pfaff II S. 387; eine anderweitige mündliche oder schriftliche Empfangsbestätigung ist wirkungslos; a. M. Ogonowski a.a.O. S. 230 ff.

[14]) Der Schlusssatz des § 49: „das Datum der Urkunde für sich allein stellt den Beweis nicht her," ist jetzt mit Rücksicht auf die Beweiskraft des Notariatsactes als derogirt anzusehen.

[15]) D. h. alle Erfordernisse des § 49 C.O. müssen gleichfalls vorhanden sein. Anders bisher Theorie und Praxis: Schwarz S. 174; Gl.U. No. 6014, 8331; richtig neuestens Schimm in Jur.Bl. 1895 No. 21 f.

[16]) Gl.U. No. 8331.

[17]) § 50 C.O. spricht im Widerspruch zu § 179 C.O. davon, dass die „Ehegattin" die durch Eintragung ihrer Ehepacten entstandene Differenz den vorangehenden Handelsgläubigern zu ersetzen habe; diese Ausdrucksweise ist incorrect.



Privatgläubiger des protocollirten Ehemannes können sich auf die Vorschrift des § 50 C.O. nicht berufen.

e) Ob ein Alimentationsanspruch des Ehegatten an seine Gattin besteht, ist zweifelhaft, nach richtiger Ansicht aber zu verneinen.[18]

III. Die erbrechtlichen[19] Ansprüche kommen hier nur insoweit in Betracht, als es sich um den Nachlassconcurs handelt. Denn die an den Erben selbst gestellten Ansprüche concurriren grundsätzlich gleichmässig[20] (auch im Erbenconcurse) mit dessen anderen Schulden.

Für den Nachlassconcurs haben die Gläubiger des Erblassers vor jenen Personen einen Vorrang, welche einen Anspruch aus dem Titel des Erbrechtes oder Vermächtnisses[21] geltend machen. Die C.O. enthält zwar hier eine Lücke; allein es ergiebt sich aus den §§ 690, 691, 692, 784 a.b.G.B., dass die Nachlassgläubiger nicht durch Ansprüche benachtheiligt werden dürfen, welche ab intestato, ex testamento, aus dem Erbvertrage oder aus dem Notherbenrecht geltend gemacht werden, also gegen den Nachlass, aber nicht gegen den Erblasser gerichtet sind. Erst wenn die Nachlassgläubiger vollständig befriedigt sind, kommen jene — nicht im Concurse — zum Zuge. Untereinander rangiren sie, wie folgt: Pflichttheilsberechtigte (§ 783 a.b.G.B.), Vermächtnissnehmer (§ 600 a.b.G.B.), Erben.

IV. Realgläubiger, welche zugleich persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners sind, sind berechtigt, als Concursgläubiger aufzutreten (§ 30 C.O.).[22] Für die Geltendmachung ihres persönlichen Anspruches gilt dann nichts Besonderes, auch dann nicht, wenn Jemand gleichzeitig für denselben Anspruch als Realgläubiger und als persönlicher Gläubiger auftritt. Im Concursverfahren und im Realisirungsverfahren seiner Pfandsache ist er

[18]) v. Hussarek a. a. O. S. 527 f.; wohl auch Ogonowski a. a. O. S. 440 ff.

[19]) Vgl. Oetker, Concursr. Grundbegr. I S. 146 ff.

[20]) Unbeschränkt, wenn der Erbe sine beneficio inventarii antritt. Tritt er cum beneficio an, so gelten die §§ 813 u. 821 a.b.G.B.

[21]) Hierher gehört regelmässig nach § 956 a.b.G.B. auch die Schenkung auf den Todesfall.

[22]) Schwarz S. 100; Kaserer S. 121; Kissling S. 259; Flossmann, Zur Concursordnung (in G.H. 1880 No. 52).



insolange mit dem ganzen[23]) Betrage seiner Forderung in Ansatz zu bringen, insolange dieselbe nicht aus dem Deckungsobjecte befriedigt ist (§ 171 C. O.).[24])

V. Ansprüche auf Leistung jährlicher oder sonst wiederkehrender Renten, Unterhaltsgelder oder dergleichen Zahlungen sind nicht nur pro praeterito, sondern, wenn der Anspruch einheitlich begründet ist, auch pro futuro concursfähig. Sie unterscheiden sich jedoch von den andern in diese Gruppe von Ansprüchen gehörigen Ansprüchen in doppelter Weise. Einerseits werden sie nicht durch die Concurseröffnung fällig (§ 14 C. O.), so dass der Gläubiger eine vorzeitige Zahlung anzunehmen nicht verpflichtet ist; dies hat in den ökonomischen Zwecken seinen Grund, welchen solche wiederkehrende Zahlungen regelmässig dienen.[25]) Andererseits gewähren sie im Concurse den Anspruch auf Sicherstellung für die Bezahlung zur jedesmaligen Verfallzeit (§ 15 C. O.); diese Sicherstellung erfolgt durch Capitalisirung der concursmässig auf den Anspruch entfallenden Quote und Anweisung des Zinsenbezuges von derselben (§ 182 C. O.).

VI. Solidarschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners sind nach § 18 C. O. Concursgläubiger, insoweit sie regresspflichtig für ihn sind, u. z. ohne Rücksicht darauf, ob ihre Regressansprüche an ihn vor der Concurseröffnung entstanden sind oder nach derselben, und ob sie auf Grund ihrer Regresspflicht schon eine Zahlung haben leisten müssen oder nicht.[26])

Nach Analogie des § 18 C. O. sind auch jene Gläubiger zu behandeln, welche Wechselregressansprüche an den Gemeinschuldner stellen.[27])

Die Geltendmachung (Anmeldung) dieser Ansprüche erfolgt unbedingt, wenn der Solidarschuldner, Bürge oder Wechselverpflichtete seiner Leistungspflicht gegen den Drittgläubiger bereits entsprochen hat, und suspensiv bedingt, wenn ihm diese Pflicht zwar rechtlich obliegt, ihre Erfüllung aber noch nicht von

---

[23]) Diese Ansetzung des ganzen Forderungsbetrages ist Pflicht des Gerichtes, nicht, wie Schwarz S. 100 anzunehmen scheint, dessen Ermessenssache.

[24]) Siehe § 53 IV.

[25]) Kaserer S. 48.

[26]) v. Schrutka-Rechtenstamm, Compensation im Concurse S. 114 ff.

[27]) v. Helm, Behandlung der wechselmässigen Regressansprüche im Concursverfahren (in Jur. Bl. 1882 No. 46 f.).



ihm gefordert und geleistet worden ist. Im Falle dieser bedingten Forderungs-Anmeldung erfolgt eine bedingte Liquidirung, damit nicht aus der Concursmasse für eine und dieselbe Forderung mehrere Quoten bezahlt werden.

In der Praxis unterbleiben diese bedingten Forderungsanmeldungen bisweilen, weil der Regresspflichtige als Singularsuccessor in die Rechte seines Vormannens (des Drittgläubigers) eintreten kann, wenn dieser seinen Anspruch im Concurse angemeldet hat (s. § 39, II, 11).

VII. Wie bei doppelter Anmeldung einer Forderung im Concurse, so muss auch bei Anmeldung derselben Forderung in mehreren Concursen vermieden werden, dass die Forderung überzahlt werde. Dass dies leicht der Fall sein kann, wenn die Forderung in jedem der mehreren Concurse mit ihrem Nennwerthe der Quotenberechnung zu Grunde gelegt wird, leuchtet ein.

Die Concursordnung regelt diesen Fall in den §§ 19 und 201 C.O.[28]) Ein Gläubiger hat an mehrere Gemeinschuldner, über deren Vermögen getrennte[29]) Concurse eröffnet sind, einen Anspruch; die zwei Hauptfälle sind a) die passive Correalität,[30]) und b) die Schuld einer protocollirten Handelsgesellschaft, für welche nach dem H.G. Art. 112 die persönlich haftenden Gesellschafter persönlich und mit ihrem ganzen Vermögen haften.

In beiden Fällen ist der Concursgläubiger befugt, seine Befriedigung voll in jedem Concursverfahren zu suchen, d. h. in jedem Concursverfahren seine ganze Forderung anzumelden und die Berechnung jeder concursmässigen Quote von der ganzen Forderung zu verlangen.[31]) Nur darf er im Ganzen nicht mehr als 100% seines Anspruches erhalten, und jener Masseverwalter, welcher dem Gläubiger zuletzt seine vom ganzen Anspruche berechnete Quote aus-

---

[28]) Schwarz S. 87; Kaserer S. 50 f.; Kissling S. 292 ff.; Frankl, Concurs der offenen Handelsges. S. 53 ff.; K. Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts S. 135 ff.

[29]) Der Concurs der offenen Handelsgesellschaft ist ein Concurs.

[30]) § 19 C.O. spricht von „Solidarität," das bgl. Gesetzbuch von „Correalität."

[31]) Art. 122 H.G. ist durch Art. 1 E.G. zur C.O. aufgehoben. Die Frage nach der Grundlage für die Quotenberechnung ist strittig: wie Text Adler a.a.O. S. 136 ff.; Schwarz S. 88; dagegen will Frankl a.a.O. die Quote (in der zweiten, dritten . . . Concursmasse) nur nach dem Ausfalle berechnen.

zuzahlen hat, berichtigt von derselben nur so viel, als zur Completirung dieser 100% erforderlich ist.[32]) Hat eine Ueberzahlung des Gläubigers dennoch stattgefunden, so haben die Concursmassen untereinander nach § 896 a. b. G. G. ein Rückgriffsrecht (§ 19 C. O.); das gleiche Rückgriffsrecht haben sie nicht, wenn keine Ueberzahlung stattfand, mag auch aus einer Concursmasse ein grösserer Antheil bezahlt worden sein, als nach dem unter den Schuldnern bestehenden Rechtsverhältnisse auf sie (intern) entfiel.[33])

VIII. Die Concurseröffnung, welche die Persönlichkeit des Gemeinschuldners, sowie dessen Rechts- und Handlungsfähigkeit aufrechterhält, tastet auch grundsätzlich die vor der Concursseröffnung geschlossenen Rechtsgeschäfte[34]) desselben in ihrer Giltigkeit und Wirksamkeit nicht an. Doch hat sich die Nothwendigkeit von Ausnahmen dieses Satzes ergeben. Eine (hier nicht interessirende) ist durch das Anfechtungsrecht gemacht; eine andere betrifft die Ansprüche auf Erfüllung mancher vor der Concurseröffnung eingegangener Rechtsgeschäfte;[35]) sie ist in den §§ 22 und 23 C. O. behandelt, u. z. a) im Allgemeinen, b) bei Mieth- und Pachtverträgen.

A. Im Allgemeinen handelt § 22 C. O. von „Rechtsgeschäften, welche auf gegenseitige Leistungen gerichtet und zur Zeit der Concurseröffnung noch nicht von beiden Theilen erfüllt sind.“ Diese, den §§ 15 ff. der preussischen C. O. vom 8. Mai 1855 entnommene Vorschrift ist undeutlich textirt, indem sie „Rechts-

---

[32]) Es ist Sache der Masseverwalter, festzustellen, wann die 100% gezahlt sind.

[33]) § 896 a. b. G. B. ist daher ohne ersichtlichen Grund für diesen Fall der Nicht-Ueberzahlung durch § 19 C. O. abgeändert, und § 18 C. O. hiedurch eingeschränkt.

[34]) Anders bezüglich der Offerte; s. oben S. 128; Pollitzer, Handelsr. S. 419 und Hasenöhrl, Obligationenr. I S. 598 behandeln die Offerte nach § 22 C. O.

[35]) Kaserer S. 54 ff.; Kissling S. 60 ff.; Jäger, Zur Interpretation des § 22 C. O. (in G. H. 1877 No. 27, 37, 74); Prinzinger, Zur Interpretation des § 22 C. O. (in G. H. 1887 No. 40); Bretschneider in Mitt. d. Prager dtsch. Jur. Ver. XII S. 25. Vgl. auch Oetker, Ueber den Einfluss der Eröffnung des Concursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge (in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XIV S. 1 ff.); Ehrenberg, Versicherungsrecht I S. 382 ff.; Rüdiger, Die Rechtslehre v. Lebensversicherungsvertrag S. 288 f.

geschäfte" sagt, wo sie „Verträge" meint.[36]) Sie handelt nämlich von zweiseitigen, beiderseits (vom Gemeinschuldner und seinem Contrahenten) noch nicht völlig erfüllten Verträgen.

Der Begriff des zweiseitigen Vertrages ist dem Civilrecht zu entnehmen. Man versteht darunter Verträge, bei denen die Verbindlichkeit des einen Contrahenten von der des andern abhängt.[37]) Eben um dieser Eigenschaft willen fordern diese Verträge im Concursfall eine besondere Regelung. Dieselbe fällt dahin aus, dass der Masseverwalter[38]) sich innerhalb eines tempus modicum darüber zu erklären hat, ob er für den Gemeinschuldner in das (von keiner Seite völlig erfüllte) Geschäft eintrete oder nicht. Diese Erklärungsfrist ist nicht auch eine Erfüllungsfrist; sie schiebt die letztere niemals, also auch bei Fixgeschäften nicht hinaus; es kann darum vorkommen, dass der Masseverwalter von der noch offenen Erklärungsfrist keinen Gebrauch machen kann, weil die Erfüllungsfrist schon vorüber ist.

Tritt der Masseverwalter ein, so wird aus dem Vertrage des Gemeinschuldners ein Vertrag des Masserverwalters, die Verpflichtung des Gemeinschuldners wird eine solche der Masse, die Concursforderung des Gegencontrahenten wird zur Masseforderung; der eintretende Masseverwalter hat die aus dem Vertrage den Gemeinschuldner treffende Verbindlichkeit nicht quotenmässig, sondern voll (§ 22 c C.O.) und ohne Verzug (§ 160 C.O.) genau nach der Vereinbarung (also z. B. auch mit jener eines forum contractus, eines Schiedsvertrages)[39]) zu erfüllen; auf Nachfristen hat der Masseverwalter nur insoweit Anspruch, als der Gemeinschuldner ihn gehabt hätte. In dieser Regelung liegt die Entschädigung dafür, dass der Gegencontrahent gezwungen wird, das mit dem Gemeinschuldner vor der Concurseröffnung entrirte Geschäft nunmehr nach derselben, also mit einem insolventen Mann, auszuführen.

Die Erklärung des Masseverwalters bindet sowohl ihn als den Gegencontrahenten; auch der Letztere muss sich, sei auch z. B. inzwischen der Concurs aufgehoben, an die Erklärung halten, kann daher vom Gemeinschuldner nach der Concursaufhebung nicht mehr

---

[36]) Motive bei Kaserer S. 55.

[37]) Krainz-Paff II S. 58 ff.; Gl.U. No. 6514.

[38]) Zögert dieser mit der Erklärung, so hat der Concurscommissär auf Antrag des andern Contrahenten ihm eine angemessene Frist zur Erklärung zu setzen; Stillschweigen gilt dann als Ablehnung des Eintrittes.

[39]) Gl.U. No. 12065.



die Erfüllung des Vertrages verlangen, wenn ihm nach § 22c C.O. nur ein Entschädigungsanspruch zusteht.

Lehnt der Masseverwalter den Eintritt in das Geschäft (ausdrücklich oder stillschweigend) ab,[40]) so hat der Gegencontrahent den Anspruch auf die Zurückstellung seines Leistungsgegenstandes, wenn derselbe noch unterscheidbar, d. i. als species in der Concursmasse sich befindet, u. z. auch dann, wenn das Civilrecht ihm einen solchen Rückstellungsanspruch sonst nicht gewährt. Ist der Leistungsgegenstand nicht mehr unterscheidbar vorhanden, so hat der Gegencontrahent den Anspruch auf Erfüllung des Vertrages wie ein anderer Concursgläubiger nur dann, wenn er in einer Geldforderung besteht, sonst nur den Anspruch auf Entschädigung als concursfähigen (nicht als Masse-) Anspruch,[41]) u. z. als Anspruch der dritten Classe.

Diese Regelung des § 22 c C.O. gilt jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen:

1. Es muss ein zweiseitiger Vertrag sein; welche Verträge hieher gehören, entscheidet, wie bemerkt, das Civilrecht (Kauf, Tausch, Lohnvertrag);[42]) das Mandat ist ausdrücklich (§ 1024 a. b. G. B.) ausgeschlossen, ebenso der Mieth- und Pachtvertrag nach § 23 C.O.

2. Die Leistung des Gemeinschuldners muss überhaupt noch und ohne Thätigkeit desselben erfüllbar sein; das letztere ergiebt sich aus der Vorschrift des § 22 c C.O., dass dieselbe aus dem Concursvermögen bestritten werden soll, wenn der Masseverwalter in das Geschält eintritt. Höchstpersönliche Leistungen des Gemeinschuldners, z. B. die Lieferung eines noch nicht fertiggestellten literarischen, künstlerischen Werkes gehören nicht hieher.[43])

---

[40]) Dies ist sein Recht, dessen Ausübung ihn nicht in Verschulden setzt. Gegebenes Angeld ist daher in die Masse zurückzustellen, Gl.U. 7304.

[41]) § 22 Abs. 6 C.O. ist undeutlich stylisirt.

[42]) Der Masseverwalter kann daher durch seine Erklärung Lohnverträge aufheben, auch wenn sie auf Jahre hinaus geschlossen sind, und an ihre Stelle Entschädigungsansprüche stellen, Gl.U. No. 6838. An die Kündigungsfristen ist er nach § 22 C.O. nicht gebunden. A. M. Bretschneider a.a.O. S. 27; Adler-Clemens No. 375; Entsch. v. 13. März 1895 Z. 3079, Jur.Bl. 1895 No. 24. Ob der Masseverwalter auch Versicherungsverträge auflösen darf, ist nur nach dem Inhalte des einzelnen Versicherungsvertrages zu entscheiden; vgl. Ehrenberg a.a.O. S. 385.

[43]) Veräussert der Gemeinschuldner selbst das Werk, so fällt nach § 1 C.O. u. § 14 d. Ges. v. 26. Dec. 1895 R.G.B. No. 197 der Erlös in die Masse.

3. Der Vertrag darf von keiner Seite völlig erfüllt sein. Wann dies der Fall ist, bleibt nach Civilrecht zu beurtheilen (vgl. Art. 359 H.G.); ob die Erfüllung von der einen oder der andern Seite bereits begonnen wurde, ist irrelevant.

Hat hingegen der Gemeindeschuldner vollständig erfüllt, so ist sein Contrahent zur völligen Erfüllung der Gegenleistung verpflichtet (§ 22a C.O.); hat nur der Contrahent erfüllt, so hat er einen concursfähigen Anspruch auf Erfüllung der Leistung des Gemeinschuldners wie jeder Concursgläubiger (§ 22b C.O.).[44])

4. Die Contrahenten müssen zur Erfüllung des Vertrages nach dem Civilrecht voll verpflichtet sein. Insolange und insoferne noch ein Rücktrittsrecht (z. B. auf Grund eines pactum reservati dominii[45])) besteht, tritt die im § 22c C.O. normirte Befugniss des Masseverwalters nicht ein. Ueber Naturalobligationen s. § 39 II 3.

B. Unter die sub A besprochenen zweiseitigen Verträge gehören auch die Mieth- und Pachtverträge.[46]) Sie bedurften aus Billigkeitsrücksichten einer besonderen Regelung, freilich hauptsächlich nur für den Fall der bereits begonnenen Erfüllung des Mieth- und Pachtvertrages. Die C.O. untscheidet jedoch diesen Fall nicht von dem der noch nicht begonnenen Erfüllung. Sie unterscheidet nur, ob der Gemeinschuldner Miether (oder Pächter) oder ob er Vermiether (oder Verpächter) ist.

Für die aus abgeschlossenen Mieth- und Pachtverträgen (mag ihre Erfüllung schon begonnen haben oder nicht) bis zur Concurseröffnung entstandenen Ansprüche wider den Gemeinschuldner bestimmt die C.O. gleichfalls nichts; dieselben sind demnach wie die andern Ansprüche von Concursgäubigern zu behandeln. Nur statuirt die C.O. (§ 23 C.O.), dass der Eintritt des Masseverwalters in diese Verträge mit dem Beginn des Tages erfolge, an welchem die Concurseröffnung geschehen ist; d. h. nur die bis zu diesem Zeitpunkte (der z. B. in die Mitte eines Zinsquartals fallen kann) entstandenen Ansprüche sind concursfähig.

Die von diesem Zeitpunkte an weiter laufenden Ansprüche

---

[44]) Dieser Fall bietet nichts Besonderes und hätte der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung im § 22 C.O. nicht bedurft.

[45]) Vgl. Klepsch in G.Z. 1895 S. 119 Anm. 20.

[46]) Kaserer S. 56; Kissling S. 67 ff.; Schuster, Inwieweit ist im Concurse des Miethers die rückständige Miethzinsforderung eine Masseschuld? (in G.H. 1871 No. 51); Fischer, Ueber die Competenz für die Miethzinsklagen gegen eine Concursmasse (Jur. Viertelj. 1885 S. 81 f.).



an den Gemeinschuldner, resp. an sein Concursvermögen sind mit Ausnahme der im § 23 C.O. genannten Entschädigungsansprüche nach §§ 1 und 23 C.O. nicht concursfähig, sondern Masseansprüche,[47]) demnach nicht nach der concursmässigen Quote und in der concursmässigen Zeit, sondern nach §§ 29 und 160 C.O. zu befriedigen.

Der weitere Inhalt des § 23 C.O. betrifft lediglich die Verwaltung und Realisirung der Concursvermögens und wird daher später behandelt. Hier wird nur hervorgehoben, dass das Erklärungsrecht des § 23 C.O. sich von jenem des § 22 C.O. wesentlich dadurch unterscheidet, dass es auf einen fixen Zeitpunkt (den ersten Kündigungstermin nach Concurseröffnung) normirt ist, und dass es beiden Contrahenten zusteht. Ueber das forum für Mieth- und Pachtklagen siehe § 24 IVb.

§ 41. Die Vorrechtsordnung.

I. Das Concursrecht ist seit dem Ende des 16. Jahrhunderts immer mehr von dem unser Pfandrecht beherrschenden Grundsatze abgekommen: prior tempore, potior jure. Die Vorzeitigkeit der Geltendmachung eines Anspruches im Concurse sollte kein Vorrecht vor den anderen Ansprüchen an den Gemeinschuldner, resp. sein Concursvermögen geben. Wenigstens für alle jene Ansprüche sollte diese gleiche Behandlung gelten, welche bis zu einem bestimmten (Präclusiv-) Termine im Concurse geltend gemacht waren.[1])

An die Stelle dieses zeitlichen Privilegiums traten aber sachliche Privilegien in grosser Zahl, u. z. sowohl als Vorrangsprivilegien als auch als privilegia odiosa des Inhalts, dass die betreffenden Ansprüche so lange zurückstanden, bis alle andern Ansprüche befriedigt waren.[2]) Die Zahl dieser Privilegien nahm

[47]) Diese Verwandlung der Concursansprüche in Masseansprüche scheint eine unbeabsichtigte Wirkung des Gesetzes zu sein; vgl. Motive bei Kaserer S. 56, und Koch, Die preuss. C.O. S. 47 Anm. 33. Die Praxis erkennt sie an: Gl.U. No. 6339, 9022, 9476, 9980, 10783, 11283, 11355, 13281; entg. Gl.U. No. 9180.

[1]) Stobbe, Zur Gesch. d. älteren dtsch. Concursprocesses S. 4 ff.; vgl. auch Danz, Summ. Processe S. 292 ff.

[2]) Endemann, Entwicklung des Concursverfahrens (in Ztschr. für dtsch. Civilpr. XII S. 54 ff., 61 ff.); Stobbe a.a.O. S. 82 ff.; Schweppe, Syst. S. 121 ff; Oetker, Concursr. Grundbegr. I § 17.

im Laufe der Zeit derart zu, dass nicht nur ein höchst complicirtes Verfahren zur Feststellung der Rangordnung der Ansprüche nothwendig wurde, sondern auch der Grundsatz des Concursrechtes: gleichmässige Befriedigung der Gläubiger — ad absurdum geführt war.

Darum bemühten sich später – mit wenig Erfolg — Gesetzgebung und Theorie, die Zahl dieser Privilegien zu vermindern und die Rangordnung der Gläubiger im Concurse nach wenigen, leicht zu übersehenden Classen festzustellen. Die österreichische C.O. vom 1. Mai 1781 zählt sechs (eigentlich sieben) Classen von Gläubigern auf, neben denen dann noch in nicht ganz klarer Stellung die Steuern stehen.[3]) Die preussische C.O. vom 8. Mai 1855 zählt in den §§ 73—82 neun Classen von Concursgläubigern auf, neben denen noch die Massegläubiger und Realgläubiger in Betracht kommen. Die geltende österreichische C.O. zählt fünf Classen von Concursgläubigern auf (§§ 42—48 C.O.), von denen die erste in zwei Classen zerfällt (§ 43 letzter Absatz C.O.); damit sind aber, wie unten darzustellen, nicht einmal die Classen der Concursgläubiger erschöpft, geschweige denn, dass damit die Rangordnung aller Gläubiger im Concurse bestimmt wäre.

II. Die Stellung aller Anspruchswerber im Concurse ist folgende: die Rückforderungsberechtigten werden nicht aus dem Concursvermögen, die Realgläubiger und Compensationsberechtigten nicht aus dem Concursvermögen als Ganzem befriedigt und stehen daher in keiner Rangordnung.

Die erste Stelle nehmen die Massegläubiger ein, die in zwei Ränge zerfallen (§ 29 C.O.; s. unten § 55).

Die zweite Stelle nehmen die Concursgläubiger ein, die nach dem Wortlaut des Gesetzes in fünf, thatsächlich in zwölf Ränge zerfallen.

III. Die Rangordnung der Concursgläubiger untereinander[4]) bedarf als Ausnahme von dem Grundsatz ihrer gleichmässigen Be-

---

[3]) Gspan, Abhandlung über die gesetzmässige Befriedigung concurrirender Gläubiger.

[4]) Ullmann, Ueber die Rangordnung der Ansprüche im Concurse (in Mittheil. d. Prager Jur. Ver. I S. 6 ff.); v. Schrutka, Die Vorrechtsordnung im Concurse (in G.H. 1879 No. 67 f.); Schwarz S. 165 ff.; v. Schullern in Ztschr. f. Volkswirthschaft, Socialpolitik u. Verwaltung I S. 443 ff.

friedigung im Concurse der Rechtfertigung. Denn fasst man diese persönlichen Ansprüche an den Gemeinschuldner in ihrer rechtlichen Bedeutung auf, so ist kein Grund zu einer verschiedenartigen Behandlung derselben vorhanden, kein Vorrang ist rechtlich zu begründen.[5]) Es verbleibt daher nur eine Begründung aus Billigkeitsrücksichten[6]) (sei es für das öffentliche Wohl, wie bei Steueransprüchen, sei es für die Person des Gläubigers, wie bei Lid- und Arbeitslöhnen), und da diese Begründung durchaus nicht bei allen in der C.O. bevorrechteten und benachtheiligten Ansprüchen ausreicht (vgl. z. B. § 43 Z. 3, § 48 C.O.), so bleibt für diese Ansprüche zum Theil nur der Hinweis auf das historisch Ueberkommene, auf das Alter der Privilegien.[7])

IV. Jeder Anspruch eines Concursgäubigers hat eine bestimmte Rangordnung. Diese Rangordnung der Concursgläubiger ist nach dem Wortlaute des Gesetzes (§§ 43—48 C.O.) folgende:

1. Classe: Die Begräbnisskosten des Gemeinschuldners, die Lid- und Arbeitslöhne des letzten Jahres, die Krankheitskosten des Gemeinschuldners, seiner unterhaltsberechtigten Familie und seines Dienstgesindes während des letzten Jahres; nach diesen die öffentlichen Abgaben der letzten drei Jahre.

2. Classe: Die Ersatzansprüche gegen Vormünder und Curatoren, ferner des Staates gegen seine Beamten und Diener.

3. Classe: Sämmtliche keiner andern Classe zugewiesenen Concursgläubiger für ihre Ansprüche nebst dreijährigen Zinsen und sonstigen Nebengebühren (§§ 44, 45 O.C.); diese Anordnung ist in ihrer Allgemeinheit falsch.

4. Classe: Die mehr als dreijährigen Rückstände von Zinsen, Renten etc.

5. Classe: Die Ansprüche aus Schenkungen, und nach diesen die Geldstrafen wegen Uebertretungen aller Art.

Diese Aufzählung dürfte der Gesetzgeber als taxative gedacht haben. Wenn dies der Fall war, so entspricht das Gesetz seiner Intention nicht. Denn sowohl die C.O. kennt Concurs-

---

[5]) Koch, Preuss. C.O. S. 79.

[6]) v. Schrutka a. a. O. macht zwei solche Erwägungen geltend: a) für Ansprüche, deren Sicherstellung aus ethischen, socialen oder wirthschaftlichen Gründen nicht verlangt werden konnte (§ 43 Z. 1—3 C.O.), b) für Ansprüche, deren Sicherstellung verlangt werden konnte.

[7]) Viele Belege bei Stobbe a.a.O. S. 82—98.



gläubiger, die in keine der fünf Classen passen,[7a]) als auch andere Gesetze, die durch die C. O. nicht aufgehoben sind, weil für die Ausschliessung der von ihnen genannten, unter § 1 C. O fallenden Gläubiger aus dem Concursverfahren kein Grund ersichtlich wäre. Der nächstliegende Gedanke wäre allerdings, nach dem Wortlaute des § 44 C. O. alle Ansprüche der Concursgläubiger im Zweifel in die dritte Classe der Concursgläubiger einzureihen; die folgende Darstellung wird ergeben, dass dies nicht thunlich ist.

Darum muss ergänzend jene Rangordnung der Concursgläubiger festgestellt werden, welche sich aus der Zusammenfassung aller gesetzlichen Vorschriften ergiebt. Da das Gesetz von Classen der Gläubiger spricht, ist zur Vermeidung von Irrthümern im Folgenden vom Range derselben die Rede.

V. Den ersten Rang nehmen die im § 43 Z. 1—3 C. O. genannten Ansprüche ein. Dies sind:

1. die Kosten des Begräbnisses des Gemeinschuldners,[8]) nicht auch seiner Angehörigen. Ist der Tod vor der Concurseröffnung erfolgt, so sind die Kosten eines dem Gebrauche des Ortes, dem Stande und (damaligen) Vermögen des Gemeinschuldners angemessenen Leichenbegängnisses,[9]) ist er nach der Concurseröffnung erfolgt, nur die mit der Beerdigung unvermeidlich verbundenen Kosten aus dem Concursvermögen zu berichtigen.

2. Der Lid- oder Arbeitslohn des letzten Jahres vor der Concurseröffnung[10]) der dauernd im Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Gewerbe des Gemeinschuldners aufgenommenen Personen;

[7a]) Bisweilen hat man dies schon früher gefühlt und sich mit Umwegen zu helfen gesucht: vgl. Scheidlein, Comm. S. 81; Ogonowski, Eheliches Güterrecht S. 435 Anm. 1.

[8]) Auch des persönlich haftenden Gesellschafters einer prot. Handelsgesellschaft, dagegen nicht des Vertreters einer juristischen Person; vgl. überhaupt Beisser in Jur.Bl. 1882 No. 36.

[9]) Wer diese Kosten bestritten hat, das ist irrelevant; vgl. Gl.U. No. 71, 3650.

[10]) Nicht auch späterer Zeit, selbst wenn die sonst übliche oder vereinbarte Kündigungsfrist noch läuft. Werden die Dienste nach der Concurseröffnung in Anspruch genommen, so entsteht eine Masseforderung, wird in den Lohnvertrag nach § 22 C. O. nicht eingetreten, so entsteht für die Zeit nach der Concurseröffnung nur ein in die dritte Classe gehöriger Entschädigungsanspruch; a. M. Bretschneider a. a. O. S. 27 und E. v. 13. März 1895, Z. 3079, Jur.Bl. 1895 No. 24.

es ist nicht erforderlich, andererseits nicht hinderlich, dass die Bediensteten im gemeinschaftlichen Haushalte mit dem Dienstgeber leben[10a]) (§ 43 Z. 2 C.O.). Zu den hieher gehörigen Personen sind beispielsweise zu zählen: Geschäftsführer,[11]) Buchhalter, Reisende,[12]) Hauslehrer, Gesellen, mögen sie gegen Wochen- oder Stücklohn arbeiten,[13]) soferne die Grundlage der von diesen erhobenen Ansprüche ein Lohnvertrag ist. Ob das Dienstverhältniss bis zur Concurseröffnung gedauert hat, und ob diese Personen Verwandte des Erblassers sind oder nicht, ist irrelevant,[14]) ebenso ob sie einen Monats-, Wochen- oder Taglohn beziehen, soferne sie dauernd aufgenommen sind. Für die Feststellung des Umstandes, ob eine Person dauernd aufgenommmen ist, erscheint nur der Sprachgebrauch des täglichen Lebens, nicht jener des § 2 des der C.O. nachgefolgten Gesetzes vom 29. April 1873 R.G.B. No. 68 maassgebend.[15]) Daher sind z. B. Dienstboten als dauernd aufgenommen anzusehen.

Taglöhner, welche nur für einige Tage aufgenommen sind, geniessen ohne ersichtlichen Grund das Vorzugsrecht des § 43 Z. 2 C.O. nicht.[16])

Die länger als ein Jahr rückständigen Lid- und Arbeitslöhne rangiren in die dritte Classe (den 4. Rang) der Concursgläubiger (§ 45 C.O.).

3. Die (nicht länger als ein Jahr vor Eröffnung des Concurses, oder falls der Gemeinschuldner vor der Concurseröffnung gestorben ist, nicht länger als ein Jahr, von seinem Todestage an zurückgerechnet, ausständigen) Ansprüche der Aerzte, Wundärzte, Hebammen, Krankenwärter und Apotheker auf Honorar oder Bezahlung gelieferter Heilmittel. Es ist gleichgiltig, ob es sich um den Gemeinschuldner selbst, seine unterhaltsberechtigten Familienmitglieder oder sein Dienstgesinde,[17]) handelt, soferne der Gemein-

---

[10a]) Ullmann a.a.O. S. 11.

[11]) Gl.U. No. 12741.

[12]) Gl.U. No. 8634.

[13]) Gl.U. No. 4179, 9501.

[14]) Kaserer S. 87.

[15]) Ebenso Schwarz S. 167.

[16]) Ullmann a.a.O. S. 11; der Versuch der Motivirung, welchen das Abgeordnetenhaus machte (bei Kaserer S. 87), ist missglückt.

[17]) Ueber den Begriff des „Dienstgesindes“ s. § 4 der Gesindeordnung vom 1. Mai 1810 (für Wien), und den Artikel „Dienststreitigkeiten“ im österr. Staatswörterbuch I S. 293 f.

schuldner, sei es ex lege oder ex contractu,[18] verpflichtet war, die aufgezählten Ansprüche zu bezahlen.[19]

4. Die Ansprüche der Betriebskrankenkasse (Baukrankenkasse) auf ihr von dem in Concurs verfallenen Betriebsunternehmer verwaltetes Vermögen, insoweit der Anspruch sich nicht als Rückforderungsanspruch qualificirt (Ges. v. 30. März 1888, R.G.B. No. 33 §§ 47, 57).[20]

VI. Den zweiten Rang nimmt 1) der Fiscus für seine Ansprüche auf Bezahlung aller Arten von öffentlichen Abgaben ein, welche nicht länger als drei Jahre, von der Concurseröffnung an zurückgerechnet, rückständig sind (§ 43 Z. 4 C.O.). Hieher gehören sowohl die Steuern und Zölle, als alle Arten von Gebühren (für ein Urtheil,[21] eine Firmenprotocollirung,[22] ein Rechtsgeschäft[23]) etc.), u. z. ohne Rücksicht darauf, ob ausserhalb des Concurses für die betreffende öffentliche Abgabe ein gesetzliches Pfandrecht oder der Titel zu einem solchen besteht oder nicht.[24] Die mehr als drei Jahre rückständigen öffentlichen Abgaben gehören nach dem Wortlaute des § 47 C.O. nicht in die dritte, sondern in die vierte Classe der Concursgläubiger.[25]

Dieser zweite Rang besteht auch für die Ansprüche einzelner Personen auf Ersatz der nach § 1042 a.b.G.B für einen Anderen dem Fiscus (des Staates, der Gemeinde etc.) geleisteten Zahlung von öffentlichen Abgaben; nicht aber für die eigenen Ansprüche solcher Personen, so z. B. des Inventarcommissärs für seine Gebühren.[26]

Zweifelhaft sind zwei Punkte:

a) Wann ist eine öffentliche Abgabe fällig? in dem Zeitpunkte, in welchem der Thatbestand gegeben ist, welcher ihre Vorschreibung gestattet und erfordert (z. B. bei Gebühren: des Abschlusses des gebührenpflichtigen Rechtsgeschäftes, der Fällung des Urtheiles; bei Steuern: des Antritts des Gewerbes und der gesetz-

---

[18]) Dies lehnt Schwarz S. 169 ab.

[19]) Vgl. Gl.U. No. 12970.

[20]) Menzel, Arbeiterversicherung S. 414.

[21]) Nowak III No. 202; Spruch-Rep. No. 22; Jud.B. No. 98.

[22]) Gl.U. No. 8280.

[23]) Spruch-Rep. No. 22; Gl.U. No. 4104, 4150, 4263.

[24]) Gl.U. No. 8781.

[25]) Kissling S. 101.

[26]) Diese sind Massekosten; Gl.U. No. 5855, 6245.

lichen Fälligkeitstermine), oder in dem Zeitpunkte, in welchem die Vorschreibung der öffentlichen Abgabe erfolgt ist? Die Praxis nimmt mit Recht nur auf den ersten Zeitpunkt Rücksicht, auf den, in welchem der Thatbestand gegeben ist.[27]) Darnach kommt es bei Berechnung der dreijährigen Frist des § 43 Z. 4 C.O. nur auf diesen Thatbestand, nicht auf den Zeitpunkt der Zustellung eines Zahlungsauftrages an, welcher oft ein viel späterer ist; ferner sind die öffentlichen Abgaben auch dann nicht Masseschulden, sondern der Fiscus ist rücksichtlich derselben auch dann Concursgläubiger, wenn die Vorschreibung der öffentlichen Abgabe erst nach der Concurseröffung erfolgte, insoferne nur der Thatbestand, welcher die Vorschreibung rechtfertigt, vor der Concurseröffnung bestand.

b) Darf der Fiscus die Rollen des Concursgläubigers und Realgläubigers für denselben Anspruch vereinigen (s. § 40 IV)? Die Frage scheint zweifellos wie für die anderen Realgläubiger so auch für den Fiscus nach Maassgabe des § 30 C.O. dahin zu bejahen, dass der Fiscus die Berichtigung einer auf einem Theile des schuldnerischen Vermögens (z. B. einem Immobile) sichergestellten öffentlichen Abgabe gleichzeitig sowohl aus diesem Pfand als auch in der ersten Classe (dem 2. Range) der Concursgläubiger nach § 43 Z. 4 C.O. verlangen kann. Zweifel könnten nur die Schlussworte des § 42 Z. 4 C.O. erwecken, welche die bezeichneten öffentlichen Abgaben in diese Classe verweisen, „soferne . . . sie nicht schon aus dem dafür haftenden Gute zur Zahlung gelangen.“ Man könnte glauben,[28]) dass nur jene öffentlichen Abgaben oder jener Theil derselben in die erste Classe der Concursgläubiger eingereiht ist, welche nicht aus dem für sie gepfändeten öffentlichen Gute zur Bezahlung gelangen. Die Consequenz wäre dann ein äusserst complicirter Vorgang bei der Anmeldung solcher Abgaben im Concurse und der Berechnung der auf sie entfallenden Quote, überdies eine beträchtliche Verlängerung des Concurses. Da eine solche Absicht dem Gesetze nicht zuzumuthen,[29]) auch kein Grund für einen Unterschied zwischen dem Fiscus als Realgläubiger und einem anderen Realgläubiger erfindlich ist, muss die ohnedies undeutliche Bestimmung des § 43 Z. 4 C.O. gegen jene des § 30 C.O. zurücktreten,

---

[27]) Spruch-Rep. No. 22; Gl.U. No. 4104, 4150, 8280, 9286.

[28]) Kaserer S. 101; Gl.U. No. 4326.

[29]) S. die Motive bei Kaserer S. 88.

und die ad b aufgeworfene Frage ist, wie oben geschehen, zu bejahen.[30])

2. In den zweiten Rang der Concursgläubiger gehören auch mit Rücksicht auf die öffentlich rechtliche Natur der entsprechenden Anstalten die Unfallversicherungsbeiträge.[31])

Die C.O. fasst im § 43 C.O. die hier als in den ersten und zweiten Rang gehörig bezeichneten Personen als erste Classe der Concursgläubiger zusammen, theilt dieselbe aber im letzten Absatze des § 43 C.O. selbst in zwei Theile.

VII. Den dritten Rang nehmen ein:

1. Die Ansprüche auf Ersätze,[32]) welche dem Vater, Vormund oder Curator aus dem Grunde der pflichtwidrigen Verwaltung des Vermögens der Minderjährigen oder Curanden zur Last fallen; das Concursrecht giebt solche Ansprüche nicht, sondern gewährt nur den nach anderen Gesetzen begründeten diesen Rang.

2. Die Ansprüche des Fiscus gegen die Staatsbeamten und -Diener aus dem Dienstrechtsverhältnisse. Dieses Privilegium besteht nach dem Wortlaut des § 44 Z. 2 C.O. nur gegen die Staatsbeamten und -Diener, nicht auch gegen Landes- und Gemeindebeamte oder -Diener, auch nicht gegen die Verwalter kirchlichen Vermögens.[33])

Die hier genannten Ansprüche sind im § 44 C.O. in die zweite Classe der Concursgläubiger eingereiht.

VIII. In den vierten Rang sind alle jene Concursgläubiger eingetheilt, welche nicht einem andern Rang angehören. Die C.O. reiht sie (§ 45 C.O.) in die dritte Classe ein, drückt sich aber allzu allgemein dahin aus, dass „sämmtliche keiner anderen Classe[34]) ausdrücklich zugewiesenen Gläubiger“ in die dritte Classe gehören. Das ist unrichtig; es gehören ausser den von der C.O. in die 1., 2., 4. und 5. Classe gesetzten Ansprüche weiters nicht in die dritte Classe: die sub XI—XVI als in den 7., 8., 9., 10., 11. und 12. Rang gehörig aufgezählten Ansprüche.

---

[30]) Zu diesem Resultat kommt auch Schwarz S. 170.

[31]) Menzel a.a.O. S. 261; Nowak Slg. III No. 200. Das Gesetz v. 28. December 1887 No. 1 des R.G.B. ex 1888 schweigt.

[32]) § 44 Z. 1 C.O. ist schlecht textirt; nicht der Ersatz gehört in die zweite Classe, sondern der Ersatzanspruch. Die Alimentationsansprüche sind keine Ersatzansprüche; Gl.U. No. 12446.

[33]) Gl.U. No. 8100.

[34]) Darunter sind die in den §§ 43—48 C.O. genannten fünf Classen der Concursgläubiger zu verstehen.

IX. Dem Anspruch eines Gläubigers stehen gleich Nebengebühren des Anspruches (§ 912 a. b. G. B.), das sind die (Vertrags- oder Verzugs-) Zinsen desselben, u. z. die während des Concursverfahrens bis zur Zahlung laufenden sowohl als die nicht länger als drei Jahre vor Concurseröffnung rückständigen,[35]) ferner (nach § 47 C. O. ohne zeitliche Beschränkung) die Process- und Executionskosten. Den gleichen Rang mit dem Anspruch auf wiederkehrende Bezüge haben auch die während des Concurses fällig werdenden Ansprüche auf die jährlichen Renten, Unterhaltsgelder oder anderen wiederkehrenden Zahlungen, desgleichen die nicht länger als drei Jahre vor der Concurseröffnung fällig gewesenen Ansprüche dieser Art (§§ 33, 34, 46 C. O.).

Dies gilt nicht bloss für die Concursgläaubiger des 4. Ranges (der dritten Classe), sondern eines jeden Ranges.

Länger als drei Jahre rückständige Nebengebühren und wiederkehrende Zahlungen geniessen nicht den gleichen Rang mit dem Anspruche, mit welchem sie zusammenhängen. Diese Begränzung kann damit begründet werden, dass eine Lässigkeit des Gläubigers vorliegt, der Zinsen oder wiederkehrende Zahlungen mehr als drei Jahre nicht einfordert.[36]) Darum weist § 47 C. O. diese Rückstände der vierten Classe der Concursgläubiger zu. Das ist aber ungenau.

In den fünften Rang (die vierte Classe) gehören nur jene Ansprüche auf Zinsen und wiederkehrende Zahlungen, welche länger als drei Jahre vor Concurseröffnung rückständig sind, und deren Hauptanspruch in den 1. bis 4. Rang (1. bis 3. Classe) gehört. Gehört der Hauptanspruch in einen späteren Rang, so gehören die Ansprüche auf Nebengebühren und wiederkehrende Zahlungen nicht in den 5. Rang (die 4. Classe), sondern in den zwölften Rang.[37])

X. In den sechsten Rang (die fünfte Classe) gehören die Ansprüche aus Schenkungen einschliesslich der remuneratorischen Schenkung (§ 940 a. b. G. B.), sowie der Schenkung auf Todesfall,

---

[35]) Die drei Jahre sind a die ad diem (nicht nach den vereinbarten oder üblichen Terminen der Zinsenzahlung) zu rechnen; Gl. U. No. 11408.

[36]) Vgl. §§ 1335, 1480 a. b. G. B.; Hfd. 21. November 1812 J. G. S. No. 1016.

[37]) Man käme bei wörtlicher Auslegung des § 47 C. O. zu dem unsinnigen Resultat, dass der Anspruch auf die mehr als drei Jahre rückständigen Nebengebühren vor dem Hauptanspruch eingereiht sein könnte.

insoferne sie nicht als Vermächtniss anzusehen ist (§ 956 a.b.G.B.). Als Schenkung ist die Morgengabe,[38] aber weder das Heirathsgut, noch die Widerlage,[39] noch der Wittwengehalt[40] anzusehen.

XI. In den siebenten Rang gehören die Geldstrafen wegen strafbarer Handlungen aller Art,[41] nicht nur wie nach dem Wortlaut des § 48 C.O. anzunehmen, jene wegen Vergehen.[42]. Die Kosten des Strafverfahrens gehören in den 4. Rang (die dritte Classe) der Concursgläubiger, ebenso die im § 27 des Markenschutzgesetzes vom 6. Januar 1890 R.G.B. vorgesehene Geldbusse.

Mit Rücksicht auf die Vorschriften des § 409 Str.Pr.O., der Min.Vdg. vom 11. Februar 1855 R.G.B. No. 30, des § 116 Gefälls-St.G. und des § 343 Str.Pr.O. ist die Frage der Einreihung der Kosten praktisch bedeutungslos.

XII. Mit den aufgezählten sieben Rängen (fünf Classen) schliesst die C.O., nicht aber die Vorrechtsordnung ab. Es müssen vielmehr auf Grund sowohl der C.O. als anderer Gesetze noch weitere Ränge anerkannt werden.

Den achten Rang nimmt 1) der stille Gesellschafter einer Gesellschaft ein, mag sie eine Handelsgesellschaft (Art. 258 H.G.) oder eine solche des bürgerlichen Rechts sein (§ 1203 ff. a.b.G.B.) Er macht seinen Anspruch auf seine Einlage als Concursgläubiger (u. z. als Handelsgläubiger) geltend; aber da er sowohl nach § 1203 a.b.G.B. als nach Art. 255 H.G. den Gläubigern des Handelsgeschäftes[43] mit seiner Einlage haftet,[44] so steht er als Concursgläubiger rück-

---

[38]) Ullmann, Die Stellung d. Ehegatten im Concurse, in Grünhut's Ztschr. IV S. 104; Kaserer S. 93; Kissling S. 104.

[39]) Gl. U. 6680, 9218; Schwarz S. 175; entg. Krainz-Pfaff II S. 398; Ullmann a.a.O. S. 103; Kissling S. 100; eine Mittelmeinung vertritt Ogonowski a.a.O. S. 434.

[40]) Schwarz S. 175; entg. Ullmann S. 106; Ogonowski a.a.O. S. 428.

[41]) Z. B. Stempelstrafen, Gl.U. No. 4104, 4150, 5042.

[42]) Ein Grund für diesen Unterschied zwischen Uebertretung und Vergehen wäre absolut unerfindlich; die Motive (bei Kaserer S. 94) geben keine Auskunft. Man muss annehmen, dass der Gesetzgeber „Uebertretungen" für „strafbare Handlungen" gesagt hat.

[43]) Nur diesen; a. M. Staub a.a.O. ad Art. 258, § 3.

[44]) Nach Vereinbarung rücksichtlich des Verlustantheiles, eventuell nach Art. 254 H.G. und § 889 a.b.G.B.

sichtlich seiner Einlage hinter allen andern Concurs-Handelsgläubigern,[45]) somit im achten Range.

Den Privatgläubigern des Inhabers des Handelsgeschäftes gegenüber steht der stille Gesellschafter nicht zurück, sondern regelmässig im vierten Rang;[46]) allen Concursgläubigern gleich wird er rücksichtlich anderer Ansprüche, als seine Einlage es ist, behandelt.

2. Dem stillen Gesellschafter gleich steht der Commanditist einer Commanditgesellschaft (Art. 161 H.G.).

XIII. Im neunten Range steht die Ehefrau eines protocollirten Kaufmannes oder des persönlich haftenden Gesellschafters einer protocollirten Handelsgesellschaft für ihre Ansprüche aus Ehepacten gegenüber jenen Handelsgläubigern, deren Ansprüche vor der Eintragung ihrer Ehepacte in das Handelsregister entstanden sind (§ 50 C.O.); zu den Handelsgläubigern können auch solche des 4,, 5., 6. 7. und 8. Ranges zählen.

Dagegen werden die erwähnten Ansprüche der Ehegattin gleich denen anderer Concursgläubiger behandelt gegenüber den Privatgläubigern ihres Ehemannes, ferner gegenüber jenen Handelsgläubigern, deren Ansprüche am Tage der Eintragung der Ehepacten in das Handelsregister oder später entstanden sind.

XIV. Den zehnten Rang nehmen ein:

1. Die Ansprüche der Gesellschafter einer Societas, sowohl des bürgerlichen als des Handelsrechtes für ihre Ansprüche pro socio.[47])

Es ist bestritten, ob diese überhaupt im Concurse geltend zu

[45]) Der Begriff der Handelsgläubiger fällt nicht mit jenem der Gläubiger aus Handelsgeschäften zusammen, ist vielmehr weiter und umfasst alle jene Personen, deren Ansprüche „mit dem Geschäftsbetriebe in solchem innigen Zusammenhang stehen, dass sie als dessen Folge erscheinen"; (auch Immobiliargeschäfts-Ansprüche z. B.); Karl Adler, Passivenübergang, im Arch. f. bgl. Recht III S. 22 ff.; Staub a.a.O. S. 497.

[46]) Bei der offenen Handelsgesellschaft giebt es keine Privatschulden; Geschäfts- und Gesellschaftsschulden fallen zusammen; K. Adler a.a.O. S. 20.

[47]) Vgl. Ullmann, Bemerkungen betreffend den Concurs über das Vermögen einer offenen Handelsges. (Mittheil. d. Prager dtsch. Jur. Ver. X S. 71 ff.); Frankl, Concurs der offenen Handelsgesellschaft S. 44 ff.; Karl Adler, Zur Entwicklungslehre u. Dogm. d. Gesellschaftsrechts S. 70 ff., 115 ff. (der diesen Ansprüchen auch die anderen der Gesellschafter gleichstellt).

machen sind.[48]) Die Frage ist zu bejahen, u. z. sowohl für jenen Gesellschafter, welcher zur Zeit der Concurseröffnung bereits aus der Gesellschaft ausgeschieden ist (Art. 130 H.G.), als auch, wenn er in diesem Zeitpunkte noch Gesellschafter ist. Nur der zweite Fall kann überhaupt als zweifelhaft zugegeben werden; aber auch für ihn ist die Frage zu bejahen. Denn nach Art. 141 H.G. haben die Gesellschafter im Falle der Liquidation ihre Ansprüche pro socio nicht von einander, sondern von den Liquidatoren zu fordern; das Concursverfahren tritt aber nach Art. 133 H.G. an die Stelle der Liquidation.[49]) Die Ansprüche pro socio können daher im Gesellschaftsconcurse geltend gemacht werden (vgl. § 201 C.O.).

Nun ist fraglich, in welchem Range diese Ansprüche stehen. Dabei braucht nicht auf die mit Recht allgemein[50]) abgelehnte Auffassung der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person zurückgegriffen zu werden; vielmehr genügt die im Art. 112 H.G. normirte Haftung der Gesellschafter, um festzustellen, dass die Ansprüche derselben pro socio, insoferne sie zur Zeit der Concurseröffnung noch Gesellschafter sind,[51]) erst hinter allen bisher genannten Ansprüchen von Concursgläubigern rangiren.

2. Die Ansprüche der Actionäre einer Actiengesellschaft.[52]) Für die Actiengesellschaft ist die Concurseröffnung ein Auflösungsgrund (Art. 242 H.G.); der Anspruch des Actionärs auf Ausbezahlung seines Vermögensantheiles ist nach Art. 216 u. 242 H.G. in diesem Zeitpunkte begründet, gehört demnach zu den im § 1 C.O. genannten (s. § 39, II, 10), und der Actionär kann ihn als Concursgläubiger geltend machen.

Bezüglich des Ranges gilt das sub XIV, 1 Gesagte.

3. Die Ansprüche der Genossenschafter von Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften mit beschränkter und unbe-

---

[48]) Ablehnend Cosack, Handelsr. S. 430; Oetker, Concursr. Grundbegr. I S. 145; theilweise bejahend (für den Fall des Art. 130 H.G.); Frankl a.a.O. S. 44.

[49]) A. M. R.O.H.G. XVI No. 289; Staub a.a.O. S. 239.

[50]) Vgl. K. Adler, Zur Entwicklungslehre S. 85 ff.; Staub a.a.O. S. 145, 185; R.G. 30 B. S. 152; 32 B. S. 398.

[51]) Der Fall der ausgeschiedenen Gesellschafter kann hier nicht erörtert werden.

[52]) A. M. Gl.U. No. 10575; Adler-Clemens No. 543; K. in Mitth. d. Prag. J.V. VIII S. 60 f.

schränkter Haftung rücksichtlich ihrer Einlagen.[53]) Die Gründe hiefür sind eben entwickelt worden; vgl. § 36 d. Ges. v. 9. April 1873 No. 70.

XV. Den elften Rang nehmen die familienrechtlichen Alimentationsansprüche mit Ausnahme der im § 1260 a.b.G.B. genannten Ansprüche der Ehegattin ein. Denn zum Unterschiede von den andern Verpflichtungen des Gemeinschuldners hängt ihr Bestand von seinem Vermögen ab. Darum sind sie nach den andern Ansprüchen von Concursgläubigern einzureihen, u. z. trotz des § 171 a.b.G.B. auch jene der unehelichen Kinder, weil dieselben andernfalls wider die Intention des Gesetzes besser als die ehelichen gestellt wären.

Dieses nachtheilige Resultat wird durch § 5 C.O. und durch die Erweiterung gemildert, welche rücksichtlich des exequirbaren Gehaltes bei Alimentationsansprüchen besteht[54]) (s. § 40, II).

XVI. Im zwölften Rang stehen nach Analogie des § 47 C.O. diejenigen rückständigen Zinsen und wiederkehrenden Zahlungen, welche nicht im gleichen Range mit dem Anspruche selbst stehen, und bei denen der Anspruch selbst nicht im 1. bis 4. Rang (der 1. bis 3. Classe), sondern im 6. bis 11. Rang steht.

XVII. Der Rang, welchen die Vorrechtsordnung einräumt, haftet auf dem Anspruche, nicht auf der Person des Anspruchwerbers. Er geht daher weder durch Universal-, noch durch Singularsuccession in den Anspruch verloren;[55]) andererseits wird durch eine solche dem Anspruche kein neuer Rang erworben.

Der Rang eines Anspruches ist stets nach österreichischem Rechte zu beurtheilen, mag der Anspruch selbst auch auf der Grundlage eines anderen Rechts beruhen.

XVIII. Die Vorrechtsordnung ist von Bedeutung:

1. Im Vertheilungsverfahren. In diesem gelten die Grundsätze: a) ein vorangehender Rang[56]) ist völlig zu befriedigen, ehe der nächstfolgende daran kommt; b) innerhalb des-

---

[53]) A. M. Gl.U. No. 10220; Adler-Clemens No. 350, 1215; v. Canstein, Lehrb. d. Handelsr. I S. 604.

[54]) S. die im § 40 A. 4 cit. Literatur, ferner Goldschmid, Wie sind die Alimentationsansprüche unehelicher Kinder im Concurse der Eltern zu behandeln? (in Mittheil. d. Prager dtsch. Jur.V. VI S. 1 ff.)

[55]) Schwarz S. 166; Gl.U. No. 10979.

[56]) Von Classen kann dies nach § 43 u. 48 C.O. nicht gesagt werden.

selben Ranges sind alle Anspruchswerber[57] gleichmässig, d. h. nach gleichen Quoten[58] zu befriedigen; der Quotenberechnung ist nicht nur der Hauptanspruch zu Grunde zu legen, sondern auch jene Nebengebühren, welche den gleichen Rang mit dem Hauptanspruch haben.[59]

Die C.O. spricht diese Sätze nur für die ersten sieben Ränge (fünf Classen) von Concursgläubigern aus und enthält keine Vorschrift für die folgenden fünf Ränge. Es bleibt daher nur die analoge Anwendung der in der C.O. enthaltenen Regeln auf die letzten fünf Ränge übrig.

2. Für die Stimmberechtigung. Der Einfluss beschränkt sich hier auf das Zwangsausgleichsverfahren. In diesem stimmen jene Anspruchswerber nicht mit, welche völlig befriedigt werden (§ 210 C.O.). Sonst ist nach dem Wortlaute des § 209 C.O. der Rang für das Stimmrecht gleichgiltig, eine mit Rücksicht auf den zehnten Rang der Concursgläubiger unleidliche Consequenz, welche durch einschränkende Interpretation abgelehnt werden muss.

3. Für den Zwangsausgleich. Die hieher gehörige Vorschrift des § 222 C.O. wird später besprochen.

XIX. Inwieweit der vom Gesetze normirten Vorrechtsordnung die Liquidirungstabelle und das Liquidirungsprotocoll entsprechen (§ 115 C.O.), wird im § 45 besprochen.

§ 42. Rechte der Concursgläubiger.

I. Die Privatrechte der Concursgläubiger werden grundsätzlich durch das Concursverfahren weder erweitert, noch verändert, noch verringert. Insbesondere gewährt weder die Concurseröffnung noch der materielle Concurs den Concursgläubigern ein dingliches Recht auf das Concursvermögen.[1]

Immerhin giebt es von dem Grundsatze, der im Eingange aufgestellt wurde, nach allen Richtungen hin Ausnahmen.

---

[57] Nicht immer alle Concursgläubiger: §§ 169, 236 C.O.

[58] Gl.U. No. 8863.

[59] Gl.U. No. 11118; Leipen, Ist ein Zwangsausgleich zulässig, in welchem auf die Nebengebühren keine Rücksicht genommen wurde? in Jur. Viertelj. 1889 S. 164 f.

[1] Auf der Annahme eines solchen dinglichen Rechtes beruhen die Pfandrechts- und die Beschlagsrechtstheorie.



Eine Erweiterung der Privatrechte findet in der Richtung statt, dass rücksichtlich des durch das Concursverfahren gewährten Rechtsschutzes noch nicht fällige Ansprüche gleich fälligen (§ 14 C.O.), bedingte Ansprüche in gewisser Beziehung gleich unbedingten behandelt werden (§ 16 C.O.). Ferner darf die Ehegattin die Sicherstellung des Heirathsgutes und eventuell dessen Fruchtgenuss, die Sicherstellung der Widerlage und den Genuss des wittiblichen Unterhaltes verlangen (§ 1260). (S. auch § 39 II 10.)

II. Wesentlicher sind die Erweiterungen, welche der publicistische Rechtsschutzanspruch der Concursgläubiger erfährt.

Hier ist vor allem der Concursanspruch zu nennen.[2] Concursanspruch ist der publicistische Anspruch des Inhaltes, dass über das Vermögen eines Schuldners der Concurs vom Gerichte eröffnet werde. Dieser Anspruch steht nicht jedem Gläubiger, nicht einmal jedem Concursgläubiger zu. Vielmehr hat nur jener Concursgläubiger den Concursanspruch, welcher im Falle des § 63 C.O. einen durch eine vollbeweisende Urkunde bewiesenen und in den Fällen der §§ 64 und 198 C.O. einen glaubwürdig bescheinigten Anspruch hat. Dagegen haben allerdings nach § 62 C.O. auch der Gemeinschuldner, sein Erbe und sein Nachlasscurator den Concursanspruch.

Die weiteren Voraussetzungen des Concursanspruches sind im § 12 II aufgezählt und in den §§ 13 ff. eingehend besprochen.

Zur Construction der Concursrechtsverhältnisse, zu welcher er mehrfach verwendet wurde, erscheint er nicht geeignet.

III. Der publicistische[3]) Anspruch auf Theilnahme am Concurse (Concurstheilnahme-Anspruch) steht zum Unterschiede

---

[2]) A. S. Schultze, D. deutsche Concursr. S. 11; Ullmann in Mittheil. d. Prager dtsch. Jur.Ver. XIII S. 83 ff.; v. Schrutka, Compensation im Concurse S. 50 ff.; Menzel, Anfechtungsrecht S. 175 ff.; Schwarz S. 36. — Vgl. Petersen-Kleinfeller, Comm. S. 16 f.; Oetker, Concursr. Grundbegr. I S. 172 ff. Die Auffassung des Concursanspruches wechselt nicht bloss in der Richtung, ob er privatrechtlich oder publicistisch ist; sondern auch in jener, ob er bloss ein Anspruch auf Concurseröffnung (Oetker) oder auch auf die Theilnahme am Concurse sei. Das Erstere ist richtig, weil nicht alle Concursgläubiger den Concursanspruch haben.

[3]) Von einem privatrechtlichen Anspruch auf Verlustgemeinschaft kann ernstlich keine Rede sein; was wäre das für ein Anspruch, gleichmässig zu verlieren?



vom Concursanspruche jedem Concursgläubiger und nur einem solchen zu. Es ist der Anspruch auf die im Sinne der Vorrechtsordnung gehörige gleichmässige Befriedigung der concursfähigen Ansprüche aus dem Concursvermögen.

Indem dies als ein Anspruch bezeichnet wird, ist schon gesagt, dass es keine direct erzwingbare Pflicht eines Concursgläubigers giebt, sich am Concursverfahren zu betheiligen,[4] so wenig wie einen Einlassungszwang im Civilprocesse. Die Normirung eines solchen Einlassungszwanges im Concursverfahren wäre vielleicht empfehlenswerth gewesen; das Gesetz begnügt sich jedoch damit, dass Nachtheile sich daraus für den Concursgläubiger ergeben, dass er am Concursverfahren nicht theilnimmt.

Vor allem entgeht ihm sein Antheil am Concursvermögen, da die C.O. nur jene Personen berücksichtigt, welche am Concursverfahren theilnehmen (§ 169 C.O.); der Concursgläubiger behält demnach allerdings seinen (privatrechtlichen) Anspruch gegen den Gemeinschuldner, und kann ihn unter ausdrücklichem Verzicht auf den Concurstheilnahme-Anspruch während des Concursverfahrens, und — den Fall des Zwangsausgleiches ausgenommen — ohne Beschränkung nach demselben gegen den Gemeinschuldner geltend machen; allein er verliert doch sein wesentlichstes Befriedigungsobject für diesen Anspruch, das Concursvermögen.

Weiters entgehen dem Concursgläubiger, welcher seinen Theilnahmeanspruch nicht geltend macht, alle den „Concursgläubigern"[5] zugewiesenen Befugnisse im Concursverfahren, also namentlich das active Wahlrecht (§ 74, 143 C.O.), wie überhaupt das Stimmrecht in den Gläubigerversammlungen (§§ 144 ff. C.O.), insbesondere beim Zwangsausgleiche (§ 209 C.O.), sowie die Fähigkeit, Mitglied eines Gläubigerausschusses zu werden.

Endlich kann die Unterlassung der Theilnahme am Concurse auch eine directe rechtliche Verkürzung des Privatrechtsanspruches gegen den Gemeinschuldner in zwei Fällen herbeiführen.

a) Nach den §§ 233 und 236 C.O. ist es nämlich im Falle des (im kaufmännischen Concurse zulässigen) Zwangsausgleiches Regel, dass der Privatrechtsanspruch des Concursgläubigers, welcher sich am Concursverfahren nicht betheiligt hat, auf die Ausgleichs-

---

[4]) v. Schrutka, Compensation im Concurse S. 74 f.

[5]) Richtiger: den concurrirenden Gläubigern.



quote beschränkt wird,[6]) und es kann sein, dass dieser Privatrechtsanspruch ganz verloren geht; dies nämlich dann, wenn der Concursgläubiger aus eigenem Verschulden am Concursverfahren nicht theilgenommen hat.[7])

b) Nach den §§ 16 und 44 des Ges. v. 16. März 1884 R.G.B. No. 36 verliert der Concursgläubiger, welcher am Concursverfahren nicht theilnimmt, seine Anfechtungsansprüche, welche auf dem cit. Gesetze beruhen, u. z. sowohl für die Dauer des Concursverfahrens, als auch, soweit sie vor der Concurseröffnung entstanden sind, für immer.[8])

Besteht demnach auch keine Pflicht des Concursgläubigers zur Theilnahme am Concurse, so besteht doch ein starkes Interesse für ihn, den Theilnahme-Anspruch geltend zu machen. Die C.O. erwartet, dass dieses Interesse stark genug sein werde, um alle oder doch fast alle Concursgläubiger zur Theilnahme am Verfahren zu bewegen. Auf Grund dieser Erwägung ist dann auch eine weitgehende Gläubiger-Autonomie eingeführt worden, welche jetzt wenig und nicht selten durch die wenigen concurrirenden Gläubiger missbräuchlich gebraucht wird.[9])

IV. Der Theilnahme-Anspruch beginnt mit der Concurseröffnung und endet mit der rechtskräftigen Concursaufhebung; der wenn auch rechtskräftige Abschluss eines Zwangsausgleiches bringt den Anspruch noch nicht zum Erlöschen.[10]) (§ 235 C.O.)

V. Der Concurstheilnahme-Anspruch wird in einem Falle (§ 74 C.O.) durch Erscheinen bei der Gläubigerversammlung, sonst durch die Anmeldung des Anspruches im Concurse geltend gemacht.

1. Die erste Form der Geltendmachung ist im § 74 C.O. vorgesehen. Bei dieser sog. Wahltagfahrt (und in der Folge bis zur allgemeinen Liquidirungstagfahrt) haben jene Personen das Stimmrecht (behufs Vorschlags eines Masseverwalters und seines Stellvertreters und behufs Wahl eines Gläubigerausschusses), welche bei

---

[6]) Ausnahme: § 236 al. 2 C.O., wenn der Gemeinschuldner die Uebergehung des Concursgläubigers verschuldet hat; Gl.U. No. 10504, 10914.

[7]) Die Theilnahme am Ausgleichsverfahren ist nicht erforderlich, § 217 C.O.

[8]) Vgl. Menzel, Anfechtungsr. S. 305 ff.; Krasnopolski, Anfechtungsrecht S. 147 ff.

[9]) Benedikt, Zur Reform der C.O. S. 8 ff.

[10]) Oetker, Concursrechtl. Fragen S. 63.

dieser Tagfahrt erscheinen und ihre Ansprüche gegen den Gemeinschuldner glaubwürdig bescheinigen. Einer Anmeldung und Liquidirung des Anspruches[11]) im Concurse bedarf es zur Ausübung dieses Stimmrechtes nicht; ob die glaubwürdige Bescheinigung des Anspruches erbracht sei, entscheidet im officiösen Wege der Concurscommissär (s. § 45 III).

Dass von der Anmeldung und Liquidirung des Anspruches abgesehen wird, hat seinen Grund darin, dass die sog. Wahltagfahrt längstens 14 Tage nach der Concurseröffnung stattfindet. Andererseits aber ist klar, dass damit die zuverlässige Grundlage dafür aufgegeben wird, dass die und dass nur Concursgläubiger das Stimmrecht ausüben; man hat, wie die Motive sagen, nur eine „präsumptive Gläubigerschaft" vor sich. Dem hieraus entspringenden Bedenken trägt die C. O. nur dadurch Rechnung, dass sie bei der sog. Wahltagfahrt den stimmberechtigten Personen nur ein Vorschlagsrecht[12]) für die Stellen des Masseverwalters und seines Stellvertreters einräumt, und dass sie dann bei der Liquidirungstagfahrt (§ 143 C. O.). wenn der Kreis der concurrirenden Gläubiger feststeht, eine Wahl für die Stellen dieser Functionäre gestattet.

2. Die zweite Form der Geltendmachung des Concurstheilnahmeanspruches ist die Anmeldung des Anspruches im Concurse.[13])

Nur die Concursgläubiger haben ihre Ansprüche im Concurse anzumelden (§ 103 C. O.), um aus dem Concursvermögen befriedigt zu werden, und nur diejenigen von ihnen werden aus diesem befriedigt, welche ihre Ansprüche als Concursgläubiger anmelden. Der Zweck dieses Anmeldungsverfahrens ist es, aus dem Kreise der vorhandenen — bekannten und unbekannten — Concursgläubiger die concreten Theilnahmeberechtigten festzustellen. Der gemeinrechtliche Concurs suchte dies durch die Liquidirungsklagen zu erreichen; die geltende C. O. setzt an deren Stelle mit Recht die Anmeldung des Anspruches, da nicht abzusehen ist, warum alle Ansprüche auf den Processweg gezwungen werden sollen, da doch die meisten im Concurse unbestritten bleiben.

---

[11]) Welchem Range der Anspruch angehört, ist irrelevant; vgl. E. v. 10. September 1890 Z. 10348, G.H. No. 48.

[12]) A. M. Alfred Pollak in Jur.Bl. 1893 No. 52 f.

[13]) Die Anmeldung im Concurse, in Jur. Bl. 1880 No. 40 f.; Schwarz S. 77; Kaserer S. 168 ff.; Kissling S. 185 ff.; vgl. auch Oetker, Concursrechtl. Grundbegr. I S. 265 ff.; Schultze, d. deutsche Concursr. S. 51 ff.

VI. Der Anspruch der Concursgläubiger, als Privatbetheiligte dem Strafverfahren wider den Gemeinschuldner sich anzuschliessen, ist durch das Concursverfahren erloschen, weil die C.O. die Concursgläubiger ausschliesslich auf das Concursverfahren verweist. Auf diesen Anspruch übt namentlich der Masseverwalter keinen Einfluss.[14]) Nach der Concursaufhebung lebt der Anspruch der Gläubiger wieder auf.

VII. Bisweilen wird noch ein durch die Concurseröffnung begründetes Generalpfandrecht oder ein Beschlagsrecht der Concursgläubiger am Concursvermögen construirt. Ueber diese unrichtigen Constructionen s. § 29 II c, d.

§ 43. Die Anmeldung.[1])

I. Anmeldung ist die bei dem zuständigen Gerichte abgegebene Erklärung einer Person, wider den Gemeinschuldner[2]) einen Anspruch als Concursgläubiger geltend zu machen. Sie ist die regelmässige, mit Ausnahme des im § 74 C.O. normirten Falles die einzige Form der Geltendmachung des Concurstheilnahme-Anspruches.

II. Competent zur Entgegennahme einer solchen Anmeldung ist nur das Concursgericht, und wenn als Concurscommissär ein Bezirksrichter fungirt, das betreffende Bezirksgericht (§ 108); die Anmeldungen gehen in allen Fällen an das Gericht, nicht an den Concurscommissär; ihre Erledigung erfolgt beim Gerichtshofe demgemäss auch vom Senate.

III. Anmeldungsfähig ist, wer allgemein rechtlich handluugsfähig ist; Processfähigkeit (die übrigens mit der allgemeinen Handlungsfähigkeit zusammenfällt) ist an sich weder erforderlich noch genügend, denn der Concurs ist kein Civilprocess.

IV. Die Frist zur Einbringung der Anmeldungen ist eine richterliche; sie hat wenigstens 30 und höchstens 90 Tage, vom Tage ihrer

---

[14]) A. M. v. Ruber in Ger.Zeitg. 1876 S. 338 f., der bei eröffnetem Concurse den Masseverwalter zum nothwendigen Vertreter der Privatbetheiligten macht; schwankend Hrdlicka, Welche Stellung kommt dem Masseverwalter als solchem im Strafverfahren gegen d. Cridatar zu? (Mitth. d. Prager Jur.Ver. VIII S. 159 f.).

[1]) Literatur s. bei § 42 Anm. 13.

[2]) Schultze, das deutsche Concursrecht S. 50.

Kundmachung an gerechnet, zu betragen (§ 105 C.O.); sie ist keine Präclusivfrist (§ 123 C.O.); auch nach ihrem Ablaufe können Anmeldungen eingebracht werden, u. z. insolange der Concursaufhebungsbeschluss nicht gefasst ist.[3] Die Ausmessung der Anmeldungsfrist innerhalb der genannten Grenzen ist bald dem Concursgerichte, bald dem Concurscommissär überlassen; das erstere dann, wenn die Bestimmung der Anmeldungsfrist gleich bei Erlassung des Concursedictes erfolgt (§ 67 C.O.), das zweite, wenn sie später geschieht [§ 104 C.O.] Für die Kundmachung dieser späteren, durch den Concurscommissär allein erfolgenden Fristbestimmung ist eine achttägige Frist (vom Tage der Kundmachung des ersten Edictes (§ 67 C.O.) an gerechnet) bestimmt.

Die Kundmachung geschieht durch ein Edict; ferner sind die „muthmaasslichen", regelmässig aus dem Gläubigerverzeichniss oder den Büchern des Gemeinschuldners bekannt gewordenen Concursgläubiger,[4] sowie in allen Fällen die Finanzprocuratur als Vertreterin der Steuerbehörde zu verständigen (§ 107 C.O.). Diese Verständigungen sind nach § 254 al. 3 C.O. nur instructionell vorgeschrieben, die Rechtswirkungen knüpfen sich an das Edict (s. oben S. 84).

V. Die Anmeldungen der Ansprüche können mittelst in duplo überreichter Eingabe oder zu gerichtlichem Protocolle geschehen; mehrere Ansprüche desselben Concursgläubigers können mit derselben Eingabe oder in einem gerichtlichen Protocoll angemeldet werden.[5] Advocatenzwang besteht hiefür nicht (§ 108 C.O.); wohl aber müssen Anmeldende, welche nicht am Orte oder in der Nähe des Ortes wohnen, an welchem sich der Amtssitz des Concurscommissärs[6] befindet,[7] einen daselbst wohnenden Schriftenempfänger — eventuell den Masseverwalter — in der Anmeldung namhaft machen. Ist dies unterblieben, so hat das Concursgericht auf Antrag des Concurscommissärs für den Anmeldenden einen

[3] Die Stellung des Antrages auf Concursaufhebung präcludirt nicht (a. M. Gl. U. No. 5408), ebensowenig trotz des § 220 C.O. die rechtskräftige Bestätigung des Zwangsausgleiches (a. M. Gl. U. No. 7921).

[4] § 107 C.O. spricht allgemein von „Gläubigern".

[5] Die eventuellen Liquidirungsprocesse waren (nach § 4 A.G.O.) getrennt zu führen; Gl.U. No. 7318; jetzt können nach § 227 C.P.O. die angemeldeten Ansprüche mit einer Klage geltend gemacht werden.

[6] § 111 C.O. spricht irriger Weise vom „Gerichtscommissär".

[7] Wohnsitz am Sitze des Concursgerichtes genügt nicht.

am Amtssitze des Concurscommissärs wohnhaften Zustellungscurator zu bestellen.[8])

VI. Der Inhalt der Anmeldung zerfällt in zwei Theile, einen nothwendigen und einen zulässigen.

Nothwendig ist die genaue Bezeichnung des Anmeldenden durch Angabe seines Namens, Standes und Wohnortes, ferner des Gemeinschuldners und des Gerichtes; dann bedarf es der Angabe des (individualisirten, aber nicht substantiirten) Anspruches in Geld, seines Titels und der Rangordnung, welche in Anspruch genommen wird (§ 110 C.O.).

Zulässig und instructionell vorgeschrieben ist die Anführung von Beweismitteln für den erhobenen Anspruch, ferner die Bezugnahme auf einen etwa über den Anspruch anhängigen Process mit Antrag auf Requirirung der Processacten (§ 110 C.O.), sowie auf einen mit dem Anspruch in Zusammenhang stehenden Rückforderungs- und Realanspruch (§ 109 C.O.), endlich die Namhaftmachung eines Schriftenempfängers (§ 111 C.O.).

VII. Die Anmeldung kann jederzeit zurückgezogen,[9]) und durch eine andere Anmeldung ersetzt werden (§§ 116, 123 C.O.); auch kann der angemeldete Anspruch jederzeit restringirt werden. Dagegen ist seine Erweiterung nur rücksichtlich der in Anspruch genommenen Rangordnung und nur insolange zulässig, als das Liquidirungsverfahren über diesen Anspruch nicht abgeschlossen ist (§ 116 C.O.).

VIII. Die Prüfung des angemeldeten Anspruches (s. § 45) erfolgt:

a) vom Concursgerichte;[10]) diese Prüfung ist lediglich eine formelle: sie beschränkt sich darauf, zu untersuchen, ob keine Nullität unterlaufen, ob die vorgeschriebene Form der Anmeldung beobachtet und der nothwendige Inhalt derselben gegeben ist; ob der Inhalt begründet ist, das untersucht das Concursgericht nicht. Ist die Anmeldung formell mangelhaft, so wird sie dem Einschreiter zur Verbesserung zurückgestellt;[11]) ist sie formell

[8]) Dr. J. K. (Kaserer), Zur Auslegung des § 111 C.O. (in Jur.Bl. 1879 No. 43).

[9]) Gl.U. No. 6615.

[10]) Der Anonymus in Jur.Bl. 1880 S. 512 erklärt jede Prüfung durch das Concursgericht für unzulässig.

[11]) Die Bestimmung einer Reproducirungsfrist entfällt, da die Anmeldungsfrist keine Präclusivfrist ist.

tadellos, so wird ein Pare (resp. das Protocoll) dem Concurscommissär, das zweite Pare (resp. die amtliche Abschrift des Protocolles) sammt den Beilagen dem Masseverwalter zugestellt (§ 112 C.O.).

Gegen alle diese Entscheidungen des Concursgerichts stehen die Rechtsmittel offen.

b) Vom Masseverwalter; diese obligatorische Prüfung ist eine materielle (§ 113 C.O.). Der Masseverwalter hat, ohne an Weisungen des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung gebunden zu sein,[12] nach eigenem besten Wissen und Gewissen bei jeder Anmeldung ausdrücklich zu erklären,[13] ob und aus welchen Gründen er den Anspruch und die für denselben begehrte Rangordnung anerkenne oder bestreite. Diese Erklärung erfolgt bei der Liquidirungstagfahrt (§ 119 C.O.); sie wirkt während des Concurses rücksichlich des Concursvermögens und nach demselben unbeschränkt, soferne nicht der Fall c eintritt (§ 55 C.O.).

c) Vom Gemeinschuldner. Dieser ist zur Prüfung nur berechtigt, nicht verpflichtet. Seine Prüfungsbefugniss beschränkt sich auf die Richtigkeit, nicht auf die Rangordnung des Anspruches. Bestreitet er ausdrücklich die Richtigkeit des Anspruches, so beschränkt er hiedurch die Wirkung der Erklärung des Masseverwalters auf das Concursverfahren und das Concursvermögen. Für diese ist dagegen die Erklärung des Gemeinschuldners stets wirkungslos.

d) Von den anderen Anmeldenden. Die Prüfung durch diese ist bloss facultativ, sowie jene des Gemeinschuldners. Sie muss wie jene ausdrücklich erfolgen, und wirkt nur für das Concursverfahren und das Concursvermögen. Dagegen vermag sie sich sowohl auf die Richtigkeit als auch auf die Rangordnung des Anspruches zu beziehen (§ 119 C.O.).

Die Befugniss zu dieser Prüfung steht nicht jedem Concursgläubiger, auch nicht jedem Anmeldenden zu, sondern nur Jenem, dessen Anspruch im Schuldenverzeichnisse des Gemeinschuldners erscheint (§ 96 C.O.) oder im Liquidirungsverfahren bereits festgestellt ist (§ 119 C.O.). Aus diesem Grunde ist die gehörige Ordnung der Liquidirungstabelle nach der Rangordnung, innerhalb

---

[12]) Arg. ex §§ 85 und 140 C.O.; Gl.U. No. 12408.

[13]) Ein Stillschweigen des Masseverwalters ist unzulässig, während es beim Cridatar und den Gläubigern die Wirkung der Zustimmung hat.

desselben Ranges nach der Zeitfolge der Anmeldungen[14]) wichtig (§ 133 C.O.).

Gegen die sub b—d aufgezählten Erklärungen steht kein Rechtsmittel, sondern nur die Klage offen.

IX. Die Wirkung der Anmeldung ist:

a) dass der mit ihr geltend gemachte Anspruch im Liquidirungsverfahren berücksichtigt, d. h. vom Masseverwalter anerkannt oder bestritten werden muss (§§ 119, 123 C.O.);

b) dass er bei der Verfassung des Vertheilungsentwurfes in Anschlag gebracht,[15]) und

c) dass er im Zwangsausgleichsverfahren berücksichtigt werden muss (§ 221 C.O.);

d) dass die Verjährung wie durch Zustellung einer gerichtlichen Klage unterbrochen wird[16]) (§ 8 C.O.). Wird der Anspruch jedoch im Liquidirungsverfahren bestritten, so ist die Verjährung nur gehemmt vom Tage der Anmeldung bis zum Tage, an welchem dem Anmeldenden die zur Processführung erforderlichen Belege zugestellt worden sind (§ 125 C.O.); kommt es nicht zur Abgabe einer Liquidirungserklärung (z. B. nach § 154 C.O.), so ist nach Analogie des § 8 C.O. die Verjährung gehemmt vom Tage der Anmeldung bis zum Tage der Concursaufhebung.

Dagegen gibt die Anmeldung als solche noch keinen Anspruch auf Ausbezahlung einer Quote und kein Stimmrecht.[17])

X. Die Kosten der Anmeldung trägt der Anmeldende, jene des ordentlichen Liquidirungsverfahrens als Massekosten der Gemeinschuldner (§ 122 C.O). Die Kosten eines besonderen, durch verspätete Anmeldungen nothwendig gewordenen Liquidirungsverfahrens tragen Jene, welche ihre Ansprüche verspätet, d. i. nach Ablauf der im § 105 C.O. normirten Frist angemeldet haben.

---

[14]) Complicationen sind bei gleichzeitig überreichten Anmeldungen, ferner im Fall des § 72 C.O. möglich.

[15]) § 174 C.O. sagt unrichtiger Weise, dass „sämmtliche Forderungen der Concursgläubiger“ in Anschlag zu bringen sind.

[16]) Leipen, Bemerkungen zu § 8 C.O. (in Mitth. d. Prager dtsch. Jur. Vereines XV S. 97 ff.); Grawein, Verjährung u. gesetzl. Befristung S. 124; § 15 ung. C.O.

[17]) Das im § 210 C.O. normirte Stimmrecht ist nicht deshalb zu ertheilen, weil eine Anmeldung vorliegt, sondern weil der angemeldete Anspruch „mit Wahrscheinlichkeit als richtig angenommen werden“ kann.



XI. Die Anmeldung einer Forderung im Concurse ist keine Berühmung; die Berühmungsklage des früheren Civilprocesses war überdies schon nach dem Wortlaut des § 129 C.O. unzulässig.[18]) Die Feststellungsklage des § 228 C.P.O. dagegen ist zulässig, weil zu ihrem Thatbestande nicht die Berühmung erforderlich ist, sondern das rechtliche Interesse des klagenden Masseverwalters an der alsbaldigen urtheilmässigen Feststellung genügt.

§ 44. Veränderungen und Verringerungen.

I. Grundsätzlich verändert und verringert das Concursverfahren die Privatrechtsansprüche nicht. Daher laufen wie ausserhalb desselben Vertrags- und Verzugszinsen weiter, und es bleibt auch der Anspruch nach der Aufhebung des Concurses bestehen (§ 55 C.O.). Erworbene Pfand- und die diesen im Concurse gleichgestellten Retentionsrechte bleiben aufrechterhalten (§ 11 C.O.), so namentlich alle gesetzlichen Pfandrechte, z. B. des Verpächters und Vermiethers,[1]) oder jene für einzelne Steuern[2]) (§ 13 C.O.). Auch während des Concurses kann der Anspruch unabhängig vom Concursverfahren geltend gemacht werden, wenn auf die Befriedigung aus dem Concursvermögen ausdrücklich verzichtet wird (§ 6 C.O.).

Doch giebt es von dem eingangs ausgesprochenem Grundsatze Ausnahmen sowohl in Rücksicht der Veränderung als der Verringerung der Ansprüche.

II. Verändert werden alle Ansprüche, welche nicht auf Geldleistung gehen, in Geldansprüche.[3]) Die C.O. spricht diesen Satz zwar nirgends direct aus; er ergiebt sich jedoch aus § 22 lit. b und den §§ 113 und 174 al. 2 C.O., sowie der Natur des Verfahrens. Die Geldforderung kann (Mangels gesetzlicher Vorschrift) in jeder beliebigen Währung, nicht bloss in österreichischer Währung verlangt werden. Bei Alternativobligationen bleibt nur die auf Geldleistung lautende Alternative aufrecht, bei Obligationen mit einer auf Geldleistung lautenden facultas alternativa

---

[18]) Die Frage war sehr strittig; wie Text: Ott, Zwei Streitfragen (in Grünhut's Ztschr. XVI S. 1 ff.); Gl.U. No. 6652; entg. v. Canstein, Lehrb. I S. 407; Ullmann Civilpr. S. 226; Spruch-Rep. No. 98; Gl.U. No. 6074, 7252.

[1]) Gl.U. No. 3970, 7132, 11078; Kaserer S. 43.

[2]) Gl.U. No. 5685, 7976, 8046, 9479, 10692; entg. Gl.U. No. 7842.

[3]) v. Schrutka, Compensation S. 90 ff.

nur diese facultas. An die Stelle eines Anspruches auf Sachleistung tritt der Anspruch auf Ersatz des Interesses (§ 22 C. O.), nicht auch des Werthes besonderer Vorliebe. Die derart veränderteu Ansprüche leben nach Aufhebung des Concurses nicht wieder in der ursprünglichen Form auf.

Die Veränderung trifft nicht die Ansprüche der Rückforderungsberechtigten und der Massegläubiger, ferner nicht die Ansprüche gegen dritte Personen, mögen sie auch gegen den Gemeinschuldner gehen, endlich nicht die Ansprüche jener Concursgläubiger, welche am Concursverfahren nicht theilnehmen, sei es, dass sie die Ansprüche während des Verfahrens überhaupt nicht oder nur unter ausdrücklichem Verzicht auf Befriedigung aus dem Concursvermögen geltend machen. Nur im Falle eines Zwangsausgleiches werden auch die letztgenannten Ansprüche von Concursgläubigern von der Veränderung in Geldansprüche getroffen, wenn sie nach § 236 C. O. auf Grund des Zwangsausgleiches befriedigt werden.

Die Ansprüche der Realgläubiger unterliegen regelmässiger Weise dieser Veränderung nicht (§ 32 C. O.).

Der gesetzgeberische Grund für die dargestellte Veränderung liegt in der Vereinfachung des Befriedigungsverfahrens. Alle Ansprüche von concurrirenden Gläubigern werden in Geld umgewandelt, alles Concursvermögen wird versilbert, und die quotenmässige Befriedigung ist leicht. Damit ist auch schon erklärt, warum die oben aufgezählten Ansprüche von dieser Veränderung nicht getroffen werden; sie werden eben nicht aus dem Concursvermögen quotenmässig befriedigt.

III. Die Verringerungen[4]) (Beschränkungen), welche das Concursverfahren herbeiführt, betreffen die Rechtsschutzansprüche, u. z. sowohl was die Klagbarkeit als auch was die Vollstreckbarkeit betrifft.

Die Klagbarkeit wird in drei Richtungen verringert: A) im Allgemeinen, B) durch den Zwangsausgleich, C) rücksichtlich der Anfechtungsansprüche.

IV. ad A) Es handelt sich hier ausschliesslich um Passivprocesse des Gemeinschuldners und um Concursforderungen. Da sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Der Anspruch ist vor der Concurseröffnung noch nicht

---

[4]) Vgl. Oetker, Concursr. Grundbegr. I § 4.

rechtshängig. Dann kann derselbe behufs seiner Befriedigung aus dem Concursvermögen während des Concursverfahrens gegen den Gemeinschuldner selbst überhaupt nicht eingeklagt werden (§ 6 C.O.). Gegen den Masseverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners (resp. gegen die bestreitenden concurrirenden Gläubiger) kann die Klage nur dann erhoben werden, wenn der Anspruch im Concurse vorher angemeldet und nicht liquidirt wurde (§§ 6, 103, 124 C.O.). Zur Führung dieser Liquidirungsprocesse ist ausschliesslich das Concursgericht zuständig (§ 126 C.O.), es sei denn für die Geltendmachung des Anspruchs der Rechtsweg versagt;[5]) ist dies der Fall, so wird der Process über die Richtigkeit des Anspruchs bei der zuständigen Behörde (§ 127 C.O.), über seine Rangordnung aber immer vor dem Concursgericht geführt (§ 128 C.O.). Das Verfahren für diese Liquidirungsprocesse ist das ordentliche Verfahren vor den Gerichtshöfen.[6]) Die besonderen Verfahrensarten[7]) und das Verfahren, wie es vor Bezirksgerichten stattfindet, sind unzulässig; es tritt an ihre Stelle (auch rücksichtlich der Fristen) das ordentliche Verfahren.

2. Der Anspruch ist vor der Concurseröffnung schon rechtshängig[8]) (sei es bei Gericht, sei es bei der für seine Entscheidung zuständigen Behörde), es ist jedoch noch keine End-Entscheidung erster Instanz erflossen (§ 7 C.O.). In diesem Falle wird das Verfahren unterbrochen,[9]) die Urtheilsfällung kann nicht stattfinden,[10]) und es hat die Anmeldung des Anspruchs zu erfolgen, als sei der Process noch nicht anhängig.[11]) Wird der Anspruch im

---

[5]) Dies ist nicht der Fall bei Ansprüchen, welche vor die ständigen Schiedsgerichte oder Gewerbegerichte gehören, weil diese Institutionen staatliche Gerichte sind; R. Pollak in Jur.Bl. 1895 No. 6 f.; und im österr. Staatswörterbuch, I. B. Art. „Gewerbegerichte"; a. M. v. Canstein, Lehrb. d. Civilpr. I S. 36 ff.

[6]) Der § 131 C.O. gab früher zu vielem Streite Anlass; Ott, Zwei Streitfragen aus dem Bereich des Liquidationsverf. im Concurse (in Grünhut's Ztschr. XVII S. 16 ff.; R. Pollak in Grünhut's Ztschr. XX S. 746; v. Canstein, a.a.O. II S. 62 ff.

[7]) §§ 454 ff., 548 ff. C.P.O.

[8]) Einklagung genügt nicht; Gl.U. No. 11889.

[9]) § 159 C.P.O.; § 7 C.O.; Gl.U. No. 7072.

[10]) Gl.U. No. 5146, 6802, 6818, 10212; unrichtig Gl.U. No. 5636.

[11]) Die bisherigen Processkosten können in die Anmeldung aufgenommen werden.

Concurse liquidirt, so entfällt die Wiederaufnahme des unterbrochenen Processes; wird er nicht oder nicht vollständig liquidirt, so wird der Process von der einen oder andern Partei nach den Vorschriften der C.P.O. wieder aufgenommen (§ 164 C.P.O.), u. z. beim Concursgerichte, wenn er bei einem Gericht anhängig war, andernfalls bei jener Behörde, bei welcher er vor der Concurseröffnung anhängig war.[12])

Der Lauf von Nothfristen beginnt dann vom Tage, an welchem die zur Wiederaufnahme des Verfahrens erforderlichen Belege dem Anmeldenden zugestellt worden sind (§ 8 C.O.); richterliche Fristen sind neu anzuberaumen, resp. Tagsatzungen neu anzuordnen[13]) (§ 164 C.P.O.)

Die Unterbrechung des Verfahrens ist ex officio wahrzunehmen, die Abtretung der Acten an das Concursgericht und die Wiederaufnahme des Verfahrens nur auf Antrag.[14]) Im wiederaufgenommenen Process ist der Klagantrag auf Grund der Anmeldung und der Liquidirungserklärung zu ändern (§ 134 C.O.); eine unzulässige Klageänderung liegt darin nicht, wenn die Divergenz zwischen dem Klagantrag und der Anmeldung durch die C.O. gerechtfertigt ist (z. B. Interesse statt Sachleistung).

3. Der Anspruch ist bereits im Rechtsmittelstadium anhängig (§ 7 al. 3 C.O.). Auch ein solcher Anspruch muss im Concurse angemeldet werden, um der Befriedigung aus dem Concursvermögen theilhaftig zu werden. Aber es findet kein Uebergang der Competenz vom Processgericht auf das Concursgericht statt, und das Verfahren wird nicht unterbrochen (§ 7 C.O.). Eine Aenderung des Processbegehrens ist demgemäss unzulässig.

4. Der Anspruch ist bereits rechtskräftig (mit Feststellungs- oder Leistungsurtheil)[15]) entschieden. Auch dieser Anspruch muss wie die anderen im Concurse angemeldet werden. Nur muss pflichtmässig (§ 115 al. 3 C.O.) der Masseverwalter auf die gegen seinen Gemeinschuldner bestehende res iudicata bei der Liquidirungserklärung Bedacht nehmen, und auch die anderen Be-

---

[12]) § 7 al. 2 C.O. ist zu allgemein gefasst: vgl. § 127 C.O.

[13]) Vgl. Gl.U. No. 6938.

[14]) Gl.U. No. 7072; § 164 C.P.O.

[15]) Oder mit einem Mandat oder einer wechselrechtlichen Zahlungsauflage (Gl.U. No. 5857, 6122, 7288) oder einem rechtskräftigen steuerämtlichen Erkenntnisse (Gl.U. No. 4831, 5602, 8660; Nowak IV 483: entg. Gl.U. No. 9744).

streitungsberechtigten müssen dies. Die Liquidirungsbestreitung ist daher nur zulässig:

a) rücksichtlich der Rangordnung,

b) rücksichtlich von Thatbeständen, welche der res iudicata nachgefolgt sind,[16])

c) auf Grund der §§ 5 und 6 des Anfechtungsgesetzes vom 16. März 1884 R.G.B. No. 36.[17])

Der Concurscommissär hat nach § 80 C.O. darüber zu wachen, dass der Masseverwalter die res iudicata beachte; gegenüber den concurrirenden Gläubigern genügt § 133 al. 2 C.O.

Eine unzulässige Bestreitung ist nicht nichtig; auf die res iudicata wird aber von Amtswegen Bedacht genommen (§ 240 C.P.O.).

V. ad B) Diese Verringerung der Klagbarkeit hat nicht statt, wenn der Kläger bei Beginn oder Fortsetzung des Processes ausdrücklich auf seine Befriedigung aus dem Concursvermögen verzichtet.[18]) Nur bezüglich der Anfechtungsansprüche ist ein solcher Verzicht nach § 40 A.G. ohne Wirkung (s. unten VI); dieselben erlöschen, wenn sie der Masseverwalter nicht übernimmt.

In jedem Falle (auch in den sub IV genannten) wirkt der Zwangsausgleich. Derselbe macht aus allen Ansprüchen, welche nach § 103 C.O. anmeldungspflichtig sind, mögen sie im Concurse angemeldet worden sein oder nicht, Naturalobligationen hinsichtlich der durch den Zwangsausgleich nicht gedeckten Quote[19]) (§ 247 C.O.), und in Gänze Naturalobligationen, wenn der Gäubiger die Anmeldung im Concurse aus seinem Verschulden unterlassen hat (§ 236 C.O.). Diese durch den Zweck des Zwangsausgleiches bedingte Verringerung des Anspruches dauert, wie begreiflich, nach der Aufhebung des Concurses fort.

VI. ad C) Die Anfechtungsansprüche können während des Concursverfahrens nur vom Masseverwalter[20]) geltend gemacht werden, mögen sie vor der Concurseröffnung auch einzelnen Gläubigern zugestanden haben oder gar von diesen schon geltend ge-

[16]) Gl.U. No. 7288.

[17]) Vgl. Steinbach, Comm. S. 49 ff.

[18]) Desgleichen nicht, wenn der Concurs im Ausland eröffnet ist; nicht genau Gl.U. No. 6241, 10071; unrichtig Gl.U. No. 7537.

[19]) v. Schrutka, Compensation im Concurse S. 130; Kaserer S. 270; Unger, Die Naturalobligationen (in Grünhut's Ztschr. XV S. 370 ff.).

[20]) Ausgenommen sind die Realgläubiger.

macht worden sein (§ 16, 40 A.G.); selbst diese letzteren Ansprüche können dann nur bezüglich der Processkosten fortgesetzt werden. Nach Aufhebung des Concurses sind sie ganz erloschen (§ 44 A.G.).

VII. Eine weitere Verringerung des Anspruches betrifft seine Sicherstellung auf und Befriedigung durch das Concursvermögen, u. z. sowohl die erlangte als die zu erlangende.

1. Die vor Concurseröffnung erlangte Sicherstellung oder Befriedigung des Anspruchs ist durch die C.O. nicht berührt. Erwirkte Urtheile, erworbene Pfand-[21]) und Retentionsrechte bleiben aufrecht, erlangte Zahlungen giltig (§ 11 C.O). Allein der erhebliche Missbrauch, welcher mit dieser Freiheit getrieben wurde, hat zu dem Ges. vom 16. März 1884 R.G.B. No. 36 geführt. Nach den §§ 5, 6, und 12[22]) desselben sind anfechtbar:

a) Die im letzten Jahre vor der Concurseröffnung vorgenommenen Rechtshandluugen, welche zu einer Sicherstellung oder Befriedigung des Gläubigers dienen, die er nicht, oder nicht derart oder nicht derzeit zu beanspruchen hatte, soferne diese Rechtshandlung längstens zwei Wochen vor der Zahlungseinstellung des protocollirten Gemeinschuldners oder der Anbringung eines Begehrens um Concurseröffnung wider den Gemeinschuldner vorgenommen wurde, und der Gläubiger nicht beweist, dass ihm zur Zeit der Rechtshandlung eine Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners nicht bekannt war; dieser Exculpationsbeweis ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger zur Zeit der Rechtshandlung von der Zahlungseinstellung oder dem Begehren um Concurseröffnung Kenntniss hatte.

Der Begriff „Rechtshandlung" umfasst sowohl Handlungen als Unterlassungen.[23])

b) Alle Rechtshandlungen, welche innerhalb der letzten sechs Monate vor der Concurseröffnung einem Gläubiger (auch eine ihm im Allgemeinen gebührende) Sicherstellung gewähren, soferne diese Rechtshandlung längstens zwei Wochen vor der Zahlungs-

---

[21]) S. unten § 53; Krainz-Pfaff, System I S. 771 ff.; v. Schrutka, Die Anschlusspfändung, in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XIV S. 219 ff.; Gl.U. No. 1110, 6923, 11149.

[22]) Steinbach, Comm. S. 49 ff.; Menzel, Anfechtungsr. S. 152 ff., 199 ff.; Krasnopolski, Anfechtungsr. S. 22 ff., 52 ff.

[23]) Krasnopolski in Grünhut's Ztschr. XIV S. 66 ff., vgl. § 3 C.O. u. oben § 29 VII a.



einstellung des protocollirten Gemeinschuldners oder der Anbringung eines Begehrens um Concurseröffnung wider den Gemeinschuldner vorgenommen wurde, und der Gläubiger von der erfolgten Zahlungseinstellung oder dem Begehren um Concurseröffnung Kenntniss hatte.[24])

c) Alle Rechtshandlungen, welche unter den sub b dargestellten Voraussetzungen einem Gläubiger Befriedigung gewähren, soferne derselbe nicht 1) für seinen Anspruch ohnedies die vorzugsweise Befriedigung im Concurse verlangen konnte[25]) (§ 6 A.G.), 2) oder nach Wechselrecht bei Verlust des Regressanspruchs zur Annahme verpflichtet ist (§ 8 A.G.).

Die Anfechtbarkeit wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarers Urtheil, ein vollstreckbarer Vergleich oder ein anderer Executionstitel erlangt wurde, oder dass diese Rechtshandlung durch Execution zur Sicherstellung oder zur Befriedigung erfolgt ist (§ 12 A.G.).

Ueber die Ausübung und den Erfolg der Anfechtung s. unten.

2. Die provisorischen Sicherstellungsmittel fallen bei Concurseröffnung weg. Vom Personalarrest (§§ 275 ff. A.G.O.) ist dies seiner Natur nach selbstverständlich; er wird durch die in den §§ 98 ff. C.O. vorgesehenen Maassregeln in Ansehung der Person des Gemeinschuldners ersetzt. Das Verbot gewährt kein Pfandrecht, überhaupt kein dingliches Recht,[26]) gewährt demgemäss im Concurse kein Vorzugsrecht,[27]) und ist in ihm rechtlich bedeutungslos. Die provisorische Sequestration giebt gleichfalls kein dingliches Recht an der Sache[28]) und ist deshalb im Concursverfahren als rechtlich bedeutungslos aufzuheben;[29]) dies ergiebt sich e contrario auch aus § 83 C.O., der nur von der

[24]) Im § 6 A.G. fehlt die zweiwöchige Frist des § 5 A.G.

[25]) Z. B. als Realgläubiger.

[26]) Hfd. v. 5. April 1791, J.G.S. No. 134 lit. c; v. Canstein, a.a.O. I S. 421 ff.; Ullmann, Civilprocessr. S. 492; unrichtig Gl.U. No. 9753.

[27]) Rosenblatt, Zur Lehre v. Verbot und dessen Wirksamkeit im Falle einer Concurseröffnung (G.H. 1881 No. 96 f.); Schwarz S. 99; unrichtig Gl.U. No. 11308, 11871.

[28]) v. Canstein, Lehrb. I S. 421 ff.; Ullmann, Civilpr. S. 494. Die provisorische Execution ist von der sicherstellungsweisen und der executiven Sequestration wohl zu unterscheiden.

[29]) A. M. v. Schubert-Soldern, Die Sequestration nach österr Rechte S. 53 f.

executiven Sequestration spricht, aus § 164 C.O., der nur Pfandgläubigern die Auskunftspflicht über das Pfandrecht auferlegt, während sie dem provisorisch Sequestrirenden jedenfalls hätte auferlegt werden müssen, wenn man seinen Sequestrationsanspruch auch im Concurse anerkannt hätte, endlich aus § 92 C.O.

Die Rechtfertigungsprocesse sind jedoch durch dieses Resultat nicht ausgeschlossen; denn sie sind ja für die Ersatzansprüche des Schuldners auch dann von Bedeutung, wenn das provisorische Sicherstellungsmittel nicht mehr besteht. Insoweit das provisorische Sicherstellungsmittel für einen im Concurse anzumeldenden Anspruch erwirkt wurde, tritt an die Stelle der Rechtfertigungsklage die Anmeldung des Anspruchs mit dem Vorbehalte der ausserdem etwa noch erforderlichen Rechtfertigung;[30]) nach der Liquidirung ist dann die Klage als Rechtfertigungsklage einzubringen. Ist der Anspruch nicht anzumelden, so ist sofort die Rechtfertigungsklage (nicht gegen den Gemeinschuldner, sondern) gegen den Masseverwalter einzubringen (§ 137 C.O.).

VIII. 3. Neue Sicherstellungs- oder Befriedigungsmittel auf das Concursvermögen[31]) dürfen nach der Concurseröffnung (§ 2 C.O.) nicht bewilligt[32]) und nicht erworben werden; ihre Erwerbung, resp. Bewilligung ist, u. z. allgemein, nicht nur „gegenüber der Gläubigerschaft“ ungiltig (§ 11 C.O.) Diese Ungiltigkeit kann nicht wie jene der vom Gemeinschuldner selbst bewirkten Verpfändungen und Belastungen ipso iure eintreten (s. § 29 VI), weil die formell correcte gerichtliche (oder sonstige behördliche) Handlung auch formell rückgängig gemacht werden muss. Die C.O. enthält allerdings keine Vorschrift, wie dies geschehen, wie z. B. dis zu Unrecht geschehene Intabulation eines Pfandrechts rückgängig gemacht werden soll. Es gelten daher die allgemeinen Vorschriften. Sicher ist, dass der Masseverwalter die Klage auf Feststellung der Ungiltigkeit des erwirkten Sicherstellungs- oder Befriedigungsmittels anstrengen kann; aber er hat auch das einfache Mittel des Recurses,[33]) welches er insolange anwenden wird, als ihm hiefür die

---

[30]) Der Rechtfertigungsanspruch selbst ist nicht anmeldungsfähig.

[31]) Nur dieses kommt in Betracht, nicht auch z. B. das im Auslande gelegene Immobiliarvermögen (§ 60 C.O.).

[32]) Auch nicht für Steuern; Gl.U. No. 7842.

[33]) Ullmann a.a.O. S. 355 ff.; § 9 kais. Pat. 9. August 1854 R.G.B. No. 208. § 126 Grdb.Ges. hat nicht statt.



Rechtsmittelfrist noch offen steht; erst nach Verlauf dieser Frist wird er zur Klage greifen. Die Wirkung dieses Recurses, resp. dieser Klage ist so weit als möglich die restitutio in integrum.

Um diese Wirkungen hervorzurufen, muss wirklich ein neues Executionsmittel von einem Gläubiger erworben worden sein. Die Fortsetzung der Execution dagegen steht frei. Darum kann bei rechtzeitig erworbenem sicherstellungsweisen[34]) oder executiven[35]) Pfandrecht und bei erworbenem Retentionsrecht die Schätzung und Feilbietung auch während des Concurses vom Gläubiger bei Gericht erwirkt und durchgeführt werden[36]) (§§ 12 Z. 2, 163 ff. C.O.), ebenso ohne gerichtliche Intervention, wenn das Recht hiezu vor der Concurseröffnung erworben war[37]) (§ 12 Z. 3 C.O.); auch die Meistbotsvertheilung ist zulässig, mag die Feilbietung vor oder nach der Concurseröffnung stattgefunden haben.[38])

Dagegen sind Einantwortung[39]) und sicherstellungsweise oder executive Sequestration[40]) nicht „Geltendmachung des Pfandrechts" im Sinne des § 12 Z. 2 C.O., weil sie nicht weitere, der Erwerbung des richterlichen Pfandrechts folgende, sondern erste selbständige Executionsschritte sind. Sie sollten daher nach der Concurseröffnung nicht erworben werden. Dies gilt auch für die Einantwortung; für die executive Sequestration gestattet jedoch das positive Recht (§ 83 al. 2 C.O.) jedem Realgläubiger, also auch dem Pfandgläubiger ihre Erwerbung nach der Concurseröffnung. Ist die Einantwortung oder Sequstration selbst (§ 83 C.O.) vor Concurseröffnung erwirkt, so können diese Executionsschritte dann fortgesetzt werden.[41])

Ebensowenig wäre es Fortsetzung der Execution, wenn ein gesetzlicher Titel zum Pfandrecht, aber nicht das Pfandrecht selbst vor Concurseröffnung besteht, und dieses nach derselben er-

---

[34]) Gl.U. No. 5077, 5146, 8692.

[35]) Die Bewilligung der Execution genügt nach § 11 C.O. nicht; sie ist im Concurse wirkungslos.

[36]) Die Transferirung und enge Sperre, die keine selbständigen Executionsschritte darstellen, sind selbstredend zulässig; Gl.U. No. 5734, 11563.

[37]) Art. 310 ff. H.G.B.

[38]) Gl.U. No. 4052, 8994.

[39]) Gl.U. No. 6791, 7994, 11145; entg. Gl.U. No. 5782.

[40]) Gl.U. No. 6115, 9333; a. M. Gl.U. No. 3970, 5624, 5532.

[41]) Gl.U. No. 6115.

worben werden soll; eine Pfandrechtserwerbung nach der Concurseröffnung ist in diesem Falle unzulässig.[42])

IX. Von der Vorschrift der C.O., dass neue Executionsrechte nach der Concurseröffnung nicht erworben werden dürfen, macht § 12 C.O. eine Ausnahme für Immobilien, soweit sie in Grundbüchern erscheinen.[43]) Auf diese kann auch nach der Concurseröffnung die Vormerkung oder Einverleibung des Pfandrechts oder der Sequestration stattfinden, wenn das Executionsgesuch noch vor der Concurseröffnung beim Grundbuchsgericht eingelangt, oder das Ersuchschreiben des die Execution bewilligenden Gerichtes um den Vollzug noch vor der Concurseröffnung dem Grundbuchsgerichte zugekommen ist. Mit dieser Bestimmung stehen jene des § 93 Grundb. Ges. und des § 3 der Vdg. des J.M. vom 12. Januar 1872 No. 5 RG.B. im Einklange.

X. Sowie von den Veränderungen, so werden auch von den Verringerungen nur die Ansprüche der Concursgläubiger und diese nur rücksichtlich des Concursvermögens getroffen. So weit nicht dieses in Frage steht (also z. B. rücksichtlich des im Auslande gelegenen Immobiliarvermögens), bestehen diese, insbesondere die sub VI und VII genannten Verringerungen der Rechtsschutzansprüche nicht.

II. Die concurrirenden Gläubiger.[1])

§ 45. Begriff. Feststellung derselben.

I. Die C.O. geht von dem Wunsche aus, dass alle Concursgläubiger sich am Concursverfahren betheiligen, und von der Voraussetzung, dass Jeder, der sich daran betheiligt, Concursgläubiger sei. So wenig wie jener Wunsch geht diese Voraussetzung stets in Erfüllung. Der Kreis der concurrirenden Gläubiger ist fast immer enger als jener der Concursgläubiger, indem einzelne Concursgläubiger nicht theilnehmen; dieser Uebelstand könnte nur durch Statuirung einer direct erzwingbaren Theilnahmepflicht an Stelle des Theilnahmeanspruches behoben werden, welche vielleicht

[42]) Gl.U. No. 5569.

[43]) Soweit Immobilien nicht in Grundbüchern erscheinen, werden sie wie Mobilien rücksichtlich der Execution behandelt.

[1]) Vgl. die grundlegende Untersuchung von Oetker, Concursrechtl. Grundbegriffe I S. 7 ff.



schlimmer wäre als das zu heilende Uebel der Indolenz mancher, ja vieler Concursgläubiger. Aber andererseits kann der Kreis der concurrirenden Gläubiger auch weiter sein als jener der Concursgläubiger. Es können Personen unter dem Vorgeben, sie seien Concursgläubiger, den Concurstheilnahmeanspruch geltend machen, welche nicht Concursgläubiger sind. Thun sie dies ohne Erfolg, so erweitern sie den Kreis der concurrirenden Gläubiger allerdings nicht auf die Dauer. Allein sowie mit einem gewissen Procentsatze falscher Civil- und Strafurtheile gerechnet werden muss, in welchem Ansprüche als bestehend festgestellt werden, welche vor dem Urtheile nicht bestanden, ebenso muss damit gerechnet werden, dass bisweilen unberechtigte Concurstheilnahmeansprüche zeitweilig oder dauernd als berechtigte angesehen werden. Ein solcher concurrirender Gläubiger[2]) ist dann kein Concursgläubiger. Ja, noch mehr: der von der C.O. festgehaltene Grundgedanke, dass das Interesse der Concursgläubiger als der beste Hebel zur schnellen und günstigen Abwicklung des Concursverfahrens diene, führt sogar dazu, die Autonomie der Concursgläubiger, wenn auch in abgeschwächtem Masse schon vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt, also in einem Zeitraume wirken zu lassen, wo es nur Personen giebt, welche Concursgläubiger zu sein behaupten.

Diesen Unterschied zwischen Concursgläubigern und concurrirenden Gläubigern hat die C.O. scheinbar nicht gemacht. Sie nennt die concurrirenden Gläubiger bald Gläubiger schlechtweg, bald Concursgläubiger[3]) (s. § 38 I). Aber sie enthält eine Reihe von Vorschriften, welche auf die Concursgläubiger (s. §§ 42 ff.), und andere, die nur auf die concurrirenden Gläubiger passen. Darum müssen die Begriffe auseinandergehalten werden.

II. Concurrirende Gläubiger sind diejenigen Personen, welche den Concurstheilnahmeanspruch ausüben, d. h. sich als Concursgläubiger geriren. Es ist irrelevant, ob sie Concursgläubiger sind oder nur — gutwillig oder böswillig — vorgeben, es zu sein; nothwendig ist nur, dass sie mit Erfolg den Theilnahmeanspruch geltend machen.

Zu diesem Zwecke bedienen sie sich der zwei Mittel, welche den Concursgläubigern eingeräumt sind: des Erscheinens bei Tag-

---

[2]) Diese von Oetker herrührende Bezeichnung ist nicht ganz genau, da diese Personen keine „Gläubiger“ sind, aber sie ist bezeichnend. Vgl. übrigens den Titel der auf S. 18 angeführten Arbeit Gspan's.

[3]) Nur die letztere Bezeichnung verwendet Schwarz S. 155 ff.



fahrten und der Anmeldung (s. S. 192). Je nach dem Stadium des Concursverfahrens (vor und seit der allgemeinen Liquidationstagfahrt) ist das eine oder das andere Mittel von Bedeutung, und je nach dem Stadium ändert sich auch der Kreis der concurrirenden Gläubiger. Wer es vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt war, muss es nach dieser nicht sein und umgekehrt.

III. Die erste Form der Geltendmachung des Theilnahmeanspruches, das Erscheinen bei Tagfahrten, insbesondere bei der sog. Wahltagfahrt, ist von der C.O. selbst in der Voraussetzung gewählt, dass die Qualität des Concursgläubigers noch nicht feststehe.[4]) Denn der Theilnahmeanspruch wird hier mit Erfolg dann geltend gemacht, wenn der wider den Gemeinschuldner geltend gemachte Anspruch „in glaubwürdiger Weise bescheinigt“, also weder bewiesen noch anerkannt ist (§ 74 C.O.). Zu diesem Zeitpunkte giebt es demnach höchstens präsumptive Concursgläubiger, von denen manche in der Folge ihre Ansprüche vielleicht gar nicht anmelden, andere sie zwar anmelden, aber ohne Erfolg.

Nichtsdestoweniger gesteht ihnen die C.O. eine Reihe von Befugnissen zu, die ihnen nur dann gewährt werden können, wenn das Gesetz von der Voraussetzung ausgeht, dass sie wirklich Concursgläubiger sind. Da dies doch nicht feststeht, sollten ihnen diese Befugnisse erst vom Zeitpunkte der Feststellung zustehen. Dass dies schon früher geschieht, hat seinen Grund in dem Gedanken der Gläubigerautonomie und in der Erwartung (Präsumption), die concurrirenden Gläubiger würden sich auch als Concursgläubiger erweisen. Es ist zweifelhaft, ob es nicht besser gewesen wäre, die Gläubigerautonomie erst mit der allgemeinen Liquidirungstagfahrt beginnen zu lassen, bei welcher die Fehlerquelle bei Bestimmung der Qualität eines Concursgläubigers doch viel geringer ist als bei der sog. Wahltagfahrt.[5])

Immerhin ist hervorzuheben, dass die C.O. die Befugnisse der concurrirenden Gläubiger vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt gegenüber jenen nach derselben wesentlich einschränkt, namentlich durch Beschränkungen rücksichtlich des Masseverwalters (§ 74 C.O.), der Realisationsgeschäfte (§ 142 C.O.) und des Zwangsausgleiches (§ 207 C.O.)

---

[4]) S. die Motive bei Kaserer S. 125 ff.

[5]) Zu welchen Missbräuchen die bestehende Ordnung führt, zeigen Benedikt, Zur Reform der C.O. S. 8 ff.; R. Pollak, Ueber die Reform der C.O. (Jur.Bl. 1895 No. 51 f.).

IV. Die Geltendmachung des Theilnahmeanspruches durch Erscheinen in der Gläubigerversammlung unter glaubwürdiger Bescheinigung des wider den Gemeinschuldner erhobenen Anspruchs wirkt nicht blos bei der sog. Wahltagfahrt des § 74 C.O., sondern bei allen Gläubigerversammlungen, welche bis zur allgemeinen Liquidirungstagfahrt stattfinden. Obwohl die C.O. (§§ 74 ff.) von solchen Gläubigerversammlungen vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt mit Ausnahme des § 74 C.O. nicht spricht, sind dieselben doch möglich, wenn z. B. ein neuer Masseverwalter vorzuschlagen, ein neuer Gläubigerausschuss zu wählen ist, oder wenn an Stelle des (im einzelnen Falle) nicht vorhandenen Gläubigerausschusses die Gläubigerversammlung nach § 140 C.O. einberufen wird.

Für alle diese Gläubigerversammlungen wird der Theilnahmeanspruch geltend gemacht (nicht durch Anmeldung, sondern) durch Erscheinen unter glaubwürdiger Bescheinigung des Anspruchs. Es ist nicht erforderlich, dass der concurrirende Gläubiger bei jeder dieser Versammlungen, oder dass er bei der ersten nach § 74 C.O. angeordneten erscheine; er kann seinen Theilnahmeanspruch — wenn auch ohne Rückwirkung — jederzeit geltend machen. Andererseits muss er jederzeit, d. i. bei jeder Versammlung seinen Anspruch glaubwürdig bescheinigen; die einmal für genügend befundene Bescheinigung deckt ihn für die folgenden Versammlungen nicht.

V. Diese Form, den Theilnahmeanspruch auszuüben, endet mit der allgemeinen Liquidirungstagfahrt. Von dieser an bestimmt sich die Eigenschaft eines concurrirenden Gläubigers nach ganz anderen Momenten als bisher. Mögen es auch dieselben Personen sein, die a) vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt und b) seit dieser als Gläubiger concurriren, — ihre Concursfähigkeit wird ex lege nach grundverschiedenen Momenten beurtheilt. Vor der Tagfahrt ist das wesentliche Moment die Wahrscheinlichkeit der Gläubigerqualität, seit dieser die Geltendmachung dieser Qualität. Dazu dient die zweite Form, den Theilnahmeanspruch geltend zu machen, d. i. die Anmeldung des wider den Gemeinschuldner erhobenen Anspruchs (s. § 43).

Sie steht rechtlich nur Concursgläubigern zu, und es besteht das Liquidirungsverfahren, um festzustellen, ob der Anmeldende ein Concursgläubiger ist und demgemäss den Concurstheilnahmeanspruch hat. Thatsächlich aber kann Jedermann

eine Forderung anmelden,[6]) und es kann sogar vorkommen, dass ein ungerechtfertigt angemeldeter Anspruch liquidirt wird.

Aus sehr naheliegenden Gründen der Ordnung und Oekonomie knüpft nun die C.O. ihre Rechtswirkungen nicht an die zulässige Anmeldnng und an die gerechtfertigte Liquidirung, sondern an die Anmeldung und Liquidirung.

VI. Die Vorbereitung der Liquidirungstagfahrt ist folgende.

Das Concursgericht prüft die Anmeldung in formeller Hinsicht[7]) (s. § 43 VIII) und weist, wenn die Prüfung günstig ausfällt, je ein Pare dem Concurscommissär und dem Masseverwalter zu (§ 112 C.O.). Der Concurscommissär verwahrt die ihm zugestellte Anmeldung sammt Beilagen im Concursacte, u. a. auch zum Zwecke der Einsichtnahme.

Der Masseverwalter hat eine Anmeldungstabelle, d. i. eine Tabelle aller Anmeldungen, nach den Classen[8]) derselben geordnet, anzulegen und in diese Anmeldungstabelle jede Anmeldung nach ihrer Classe und innerhalb derselben nach der Zeitfolge ihrer Ueberreichung bei Gericht[9]) einzutragen. Die Eintragung hat die genaue Bezeichnung des Gläubigers, der Einreichungszeit, der angemeldeten Forderung sowie ihres Rechtsgrundes und der beanspruchten Rangordnung zu enthalten (§ 113 C.O.). Diese Eintragungen haben genau den Angaben des Anmeldenden zu folgen.

Nunmehr hat der Masseverwalter durch genaue Prüfung der Anmeldung sammt ihren Beilagen, dann der vorhandenen Bücher, Schriften, Verhandlungs- und Processacten, durch Rücksprache mit dem Gemeinschuldner, dem etwa vorhandenen Gläubigerausschusse und durch alle andern zur gründlichen Erforschung der Beschaffenheit der angemeldeten Forderung dienlichen Mittel sich ein Urtheil über die Richtigkeit des Anspruches und die Zulässigkeit der für ihn in Anspruch genommenen Rangordnung zu bilden

---

[6]) Leichter noch, als sie glaubwürdig zu bescheinigen.

[7]) Ist ein Bezirksrichter Concurscommissär, so prüft er die beim Bezirksgerichte überreichten Anmeldungen selbst.

[8]) Da es mehr Ränge giebt, als die C.O. Classen aufzählt, bleibt bei der Anlegung der Anmeldungstabelle nichts übrig, als die Forderungen des 8.—12. Ranges nach allen anderen Classen ohne äusserlich ersichtliche Classenbezeichnung einzusetzen.

[9]) Irrelevant ist die Reihenfolge, in welcher die Anmeldungen ihm zugekommen sind.

(§ 112 al. 3 C.O.), damit er in der Lage sei, bei der Liquidirungstagfahrt eine bestimmte Aeusserung abzugeben.

Der Gläubigerausschuss, dessen Aeusserung der Masseverwalter regelmässig einholt, ist aus den sub III genannten concurrirenden Gläubigern zusammengesetzt. Darum bindet auch seine Aeusserung über die Anmeldungen den Masseverwalter nicht, sondern informirt ihn bloss.

VII. Die Liquidirungstagfahrt ist eine allgemeine oder eine besondere.

a) Die allgemeine Liquidirungstagfahrt dient zur Prüfung und Feststellung aller Anmeldungen, welche innerhalb der Anmeldungsfrist (§ 43 IV) überreicht worden sind. Ferner können auch solche Anmeldungen der allgemeinen Liquidirungstagfahrt zugewiesen werden, welche nach Ablauf der Anmeldungsfrist (die ja keine Präclusivfrist ist), aber doch noch zu solcher Zeit einlangen, dass sie nicht nur dem Masseverwalter übermittelt, sondern von ihm auch nach § 112 al. 3 C.O. vor dieser Tagfahrt geprüft werden können.

Diese allgemeine Liquidirungstagfahrt muss begreiflicher Weise nach Ablauf der Anmeldungsfrist, darf jedoch höchstens 30 Tage nach ihrem Ablaufe stattfinden (§ 106 C.O.). Ihre Anordnung erfolgt entweder bei der Concurseröffnung durch das Concursgericht, oder nach derselben durch den Concurscommissär (§ 104 C.O.); ihre Kundmachung entweder im Concursedicte, oder bei ihrer Festsetzung durch den Concurscommissär mittelst eines separaten Edictes, das binnen acht Tagen nach Anschlagung des Concursedictes an der Gerichtstafel anzuschlagen ist (§ 104 C.O.). Ueberdies sind die muthmaasslichen Concurs- und concurrirenden Gläubiger bekannten Wohn- oder Aufenthaltsortes, sowie die Finanzprocuratur als Vertreterin der Steuerbehörde zu verständigen (§ 107 C.O.); diese Verständigungen sind nur instructionell vorgeschrieben, die Rechtswirkungen der Verständigung knüpfen sich nicht an sie, sondern an den Anschlag des Edictes (§ 254 al. 3 C.O.). Die Fortsetzung der Liquidirungsverhandlung für einen der nächsten Tage wird sofort publicirt, eines neuen Edicts oder einer neuen Vorladung bedarf es nicht (§ 118 C.O.).

b) Die besondere Liquidirungstagfahrt dient zur Prüfung und Feststellung jener Anmeldungen, welche nach Ablauf der Anmeldungsfrist und so sehr verspätet einlangen, dass sie nicht mehr der allgemeinen Liquidirungstagfahrt zugewiesen werden

können (§ 123 C.O.). Das frühere Concursrecht hat die verspätete Geltendmachung der Ansprüche nur im Wege eines Wiedereinsetzungsprocesses zugelassen; die Anmeldungsfrist war eine Präclusivfrist.[10]) Da das geltende Gesetz hiervon mit Recht abgegangen ist, muss für die ordnungsmässige Liquidirung der verspäteten Anmeldungen Sorge getragen werden. Dies geschieht durch die besonderen Liquidirungstagfahrten. Es ist nicht erforderlich, dass für jede verspätete Anmeldung eine besondere Liquidirungstagfahrt, vielmehr kann für mehrere solcher Anmeldungen auch nur eine solche Liquidirungstagfahrt angeordnet werden was sich wegen der Herabminderung von Kosten (§ 123 al. 4 C.O.) empfiehlt.

Die Anordnung dieser besonderen Liquidirungstagfahrt erfolgt vom Concurscommissär; ihre Kundmachung erfolgt nach Ermessen des Concurscommissärs entweder durch Edict oder durch Vorladung der Concursgläubiger, concurrirenden Gläubiger, ferner der sonst im Gläubigerverzeichnisse erscheinenden Personen,[11]) oder auf beiderlei Art; im letzteren Falle knüpfen sich die Rechtswirkungen an den Anschlag des Edicts (§ 123 C.O.).

VIII. Die Liquidirungstagfahrt findet am Amtssitze des Concurscommissärs statt.

Nothwendig ist die Anwesenheit des Concurscommissärs, eines beeideten Schriftführes (§ 188 Ger.Instr.), ferner des Masseverwalters oder seines Stellvertreters (§ 114 C.O.). Zulässig ist die Anwesenheit des Gemeinschuldners, ferner aller Concursgläubiger, concurrirenden Gläubiger oder sonst in dem vom Gemeinschuldner vorgelegten Gläubigerverzeichniss erscheinenden Personen (§ 119 C.O.) oder deren Bevollmächtigten (§ 117 C.O.). Das Ausbleiben einer dieser Personen hindert die Abhaltung der Tagfahrt und die Prüfung der Anmeldungen nicht (§ 117 C.O.); die Liquidirungstagfahrt ist keine Tagfahrt des Civilprocesses.

---

[10]) § 29 der C.O. v. 1. Mai 1781; Bayer, Theorie d. Concursproc. § 57; Danz, Grunds. der summ. Processe S. 306 f.

[11]) § 123 C.O. spricht von Einberufung der „Gläubiger" und lässt es ganz unentschieden, welche Gläubiger einzuberufen sind: die verspätet anmeldenden oder die Concurs- oder die concurrirenden Gläubiger. Kaserer S. 190 lässt nur die letzteren vorladen; doch muss erwogen werden, dass die Vorladung hier das Edict ersetzt, und dass auch bei der allgemeinen Liquidirungstagfahrt die „muthmaasslichen", d. h. im Sinne des Gesetzes die Concursgläubiger, zu verständigen sind.

Vorgeschrieben ist die Vorlegung der Anmeldungstabelle, der Originalanmeldungen sammt Beilagen, der etwaigen Processacten über angemeldete Forderungen und der etwa vorfindlichen Geschäftsbücher des Gemeinschuldners;[12]) die Pflicht zur Vorlegung obliegt dem Masseverwalter[13]) (§ 114 C.O). Die Gewährung der Möglichkeit einer Einsichtnahme in diese Stücke ist nicht für den Concurscommissär bestimmt, der bei der Liquidirung keine Stimme hat, noch für den Masseverwalter, der schon informirt zur Verhandlung kommt, sondern für die theilnehmenden Gläubiger und im Gläubigerverzeichnisse genannten Personen.

IX. Grundsatz des Liquidirungsverfahrens ist, dass

1. das Concursgericht und der Concurscommissär mit der Liquidirung der angemeldeten Ansprüche nichts zu thun haben;[14]) es ergeht nicht wie im früheren Rechte[15]) ein Liquidirungs- und Collocationsurtheil des Gerichtes;

2. dass der Gemeinschuldner zwar dem Verfahren beiwohnen darf, ja soll (§ 114 C.O.), u. z. persönlich, und wenn eine juristische Person Gemeinschuldner ist, deren Vertreter, aber dass er keine Anerkenntniss- oder Bestreitungserklärung einer angemeldeten Forderung mit Wirkung für das Concursverfahren abgeben kann (§ 119 C. O.). Der Gemeinschuldner ist zur Auskunftsertheilung, ferner zur Wahrung seiner, nicht das Concursvermögen betreffenden Rechte da. Darum steht ihm das Bestreitungsrecht mit Wirkung ausserhalb des Concursverfahrens zwar nach dem Gesetze (§ 119 C.O.) zu, aber nur dann, wenn seine Persönlichkeit nach Aufhebung des Concurses noch fortdauern kann, also nur wenn eine physische Person Gemeinschuldner ist, weil Erwerbsgesellschaften und Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften durch den Concurs nothwendiger Weise aufgelöst werden.[16]) Seine Bestreitungserklärung wirkt nur ausser-

---

[12]) Nicht beschränkt auf physische Gemeinschuldner.

[13]) Frankl, Zu § 114 der C.O. (Jur. Viertelj. 1888 S. 12 ff.).

[14]) Die formelle Prüfung der Anmeldung (§ 43 VIII a) betrifft nicht den Anspruch.

[15]) § 13 der C.O. vom 1. Mai 1781; Bayer a.a.O. S. 164 ff.; Danz a.a.O. S. 296 ff.; Schweppe, Syst. d. Conc. S. 252 ff.

[16]) Art. 123, 170, 201, 242 H.G.; § 36 d. Ges. v. 9. April 1873 R.G.B. No. 70; für die zwingende Natur dieses Auflösungsgrundes Pollitzer, Handelsr. S. 172; Staub, Comm. S. 215; a. M. Gareis-Fuchsberger, Comm. S. 254 Anm. 154. Bei anderen Vereinen ist die Frage zweifelhaft.

halb des Verfahrens,[17]) und nach dem Verfahren, u. z. derart, dass wider den Gemeinschuldner auf Grund der (freiwilligen oder im Processwege wider den Masseverwalter oder Gläubiger erzwungenen) Liquidirungserklärung weder Execution auf das ausserhalb des Verfahrens bleibende noch auf das nach dem Concursverfahren erworbene Vermögen geführt werden darf.

Des Gemeinschuldners Anerkenntniss-Erklärung wirkt wie sein Stillschweigen. Der Liquidirungsauszug und das Liquidirungsurtheil wirken dann gleich einem gegen ihn persönlich erwirkten Urtheile und können, soweit nach den bestehenden Gesetzen eine Execution überhaupt zulässig ist, sowohl in das dem Concurse nicht unterzogene als in das später erworbene Vermögen vollstreckt werden (§ 55 C.O.)[18]) Im Concurse sind seine Anerkenntniss-Erklärungen aber wirkungslos.

Die Rangordnung der Ansprüche kann der Gemeinschuldner nicht bestreiten oder anerkennen.

3. dass an Stelle des Gemeinschuldners der Masseverwalter die Liquidirungserklärung abgiebt. Der Masseverwalter hat über jede angemeldete Forderung unter eigener Verantwortlichkeit eine ausdrückliche, motivirte[19]) Erklärung abzugeben, ob er die Forderung und die für sie in der Anmeldung in Anspruch genommene Rangordnung als berechtigt anerkenne oder nicht (§ 119 C.O.). Es steht dem Masseverwalter frei, eine Forderung auch nur zum Theile oder bedingt[20]) anzuerkennen; auch hat er bei bestrittener Forderung in eventu sich über ihre Rangordnung zu äussern.[21]) Bei rechtskräftig festgestellten Forderungen entfällt die Liquidirungserklärung des Masseverwalters nicht; nur ist sie rechtlich beschränkt durch § 115 al. 3 C.O. (s. § 44 IV, 4).

Diese Erklärungen des Masseverwalters sind sowohl in die

---

[17]) Es bedarf daher im Verfahren keines Liquidirungsprocesses wider den Gemeinschuldner; s. § 46 I.

[18]) Ausnahme: § 5 C.O. Vgl. § 152 dtsch.C.O. u. Petersen-Kleinfeller, Comm. S. 475 ff.

[19]) Die Motivirung kommt nicht in das Liquidirungsprotokoll (§ 115 al. 4 C.O.).

[20]) Gl.U. No. 10287, 13459; Helm in Jur.Bl. 1882, No. 46 f.

[21]) Hat der Masseverwalter als Gläubiger oder als Vertreter eines solchen Anmeldungen eingebracht, so giebt über diese der Masseverwalter-Stellvertreter die Liquidirungserklärung ab (§ 120 C.O.).

Anmeldungstabelle als in das gerichtliche Liquidirungsprotokoll einzutragen (§ 115 C.O.).

Diese Liquidirungserklärung des Masseverwalters ersetzt, wenn sie anerkennend lautet, das richterliche Urtheil über die angemeldete Forderung und deren Rangordnung;[22]) der Auszug aus dem Liquidirungsprotokolle, welcher sie beurkundet, ist ausserhalb des Concurses Executionstitel,[23]) wenn nicht eine ausdrückliche Bestreitungserklärung eines concurrirenden Gläubigers oder des Gemeinschuldners[24]) bei der Tagfahrt abgegeben ist. Unter der gleichen Voraussetzung hat diese Liquidirungserklärung innerhalb und ausserhalb des Concurses Judicatswirkung (Wirkung einer res iudicata); sie kann nach der Liquidirungstagfahrt so wenig wie ein rechtskräftiges Urtheil durch eine nachträgliche Bestreitung[25]) oder mit Klage angefochten oder um ihre Wirkung gebracht werden. Auch kann weder der Gemeinschuldner noch ein Gläubiger im Concurse ein Rechtsmittel (Vorstellung, Recurs) wider sie einlegen, weil sie keine gerichtliche Entscheidung ist.

Der Gemeinschuldner kann im Rahmen des Concursverfahrens und rücksichtlich des Concursvermögens die anerkennende Liquidirungserklärung überhaupt nicht um ihre Wirkung bringen; nur ausserhalb des Verfahrens kann er ihr sowohl die Wirkung der res iudicata als des Executionstitels durch eine bei der Liquidirungstagfahrt rechtzeitig,[26]) ausdrücklich erklärte Bestreitung des angemeldeten Anspruchs benehmen.

Die andern Personen, welche an der Liquidirungstagfahrt theilzunehmen berechtigt sind, d. h. die Concursgläubiger, die concurrirenden Gläubiger und die im Gläubigerverzeichnisse erscheinenden Personen können unter Umständen durch Ausübung ihres Bestreitungsrechts die Wirkungen der anerkennenden Liquidirungs-

---

[22]) Unklar Kaserer S. 180.

[23]) A. M. Gl.U. No. 4854.

[24]) A. M. Gl.U. No. 7528; ferner für das deutsche Recht Oetker, Concursr. Grundbegr. I S. 361 ff.: Schweigen des Gemeinschuldners sei nicht Anerkenntniss. Theilweise abweichend Schultze, Das deutsche Concursr. S. 74 ff.

[25]) Eine Ausbleibensrechtfertigung hat nicht statt (§ 256 C.O.).

[26]) D. i. insolange die Prüfung der betreffenden Anmeldungsfrist nicht abgeschlossen ist.

erklärung des Masseverwalters hemmen, eventuell aufheben. Hievon s. 4.

Die ablehnende Liquidirungserklärung des Masseverwalters (mag sie den Anspruch oder seine Rangordnung ablehnen), hat nur Wirkung für das Concursverfahren; sie wirkt ausserhalb desselben nicht wie eine res iudicata. Auch innerhalb des Concursverfahrens hat sie diese Wirkung nicht; sie bewirkt nur die Nothwendigkeit einer gerichtlichen Entscheidung über den nicht anerkannten Anspruch oder die nicht anerkannte Rangordnung. Insolange diese gerichtliche Entscheidung nicht ergeht, scheidet zwar der concurrirende Gläubiger aus dem Concursverfahren nicht aus, behält vielmehr sein Stimmrecht und passives Wahlrecht auf Grund seiner Anmeldung (§ 144 C.O.);[27] seine Forderung muss auch bei Abfassung des Vertheilungsentwurfes und beim Zwangsausgleich in Anschlag gebracht werden (§§ 175, 221 C.O.). Aber er bleibt insolange von den Vertheilungen ausgeschlossen, als der richterliche Spruch nicht (rücksichtlich seiner Forderung oder ihrer Rangordnung) zu seinen Gunsten ergangen ist; sein Anspruch wird bis dahin lediglich sichergestellt (§ 184 C.O.). Die ablehnende Liquidirungserklärung erzeugt daher wohl keine Pflicht und darum keinen directen Zwang zur Processführung,[28] aber doch eine Nothwendigkeit hiezu.

4. dass unter Umständen auch concurrirende Gläubiger zur Abgabe einer Bestreitungs-Erklärung befugt sind. Es handelt sich hier um ein Einzelnrecht der concurrirenden Gläubiger, das ihnen zur Wahrung ihres persönlichen Interesses gegen eine anerkennende Liquidirungserklärung des Masseverwalters (u. z. sowohl rücksichlich der Richtigkeit der Forderung als des Ranges derselben) gegeben ist.[29] Aus Gründen der Oekonomie braucht der bestreitende Gläubiger zwar dieses sein Interesse an der Bestreitung weder bei der Liquidirung noch später zu behaupten oder zu beweisen; aber das Gesetz bemisst den Umfang seines Rechtes nach

[27]) Nur im Zwangsausgleichsverfahren berechtigt die Anmeldung allein noch nicht zum Stimmrecht (§ 209 C.O.); s. S. 198.

[28]) Ott, Zwei Streitfragen aus dem Bereich des Liquidationsverfahrens im Concurs (in Grünhut's Ztschr. XVII S. 1 ff.); Gl.U. No. 6652; entg. Spruch-Rep. No. 98; Gl. U. No. 6074, 7252. Undeutlich textirt § 124 C.O.; vgl. § 157 C.O.

[29]) A. M. Gl.U. No. 11624. Schultze, Das deutsche Concursr. S. 57 ff. begründet dieses Recht mit dem Concursanspruche der Gläubiger.

dem in hypothesi möglichen Interesse. Darum ist der Anerkennungs-Erklärung eines concurrirenden Gläubigers (wie jener des Gemeinschuldners) kein Gewicht beigemessen, und ebensowenig seinem Stillschweigen, mag er bei der Liquidirungstagfahrt anwesend gewesen sein oder nicht. Darum wirkt nur eine ausdrückliche Bestreitungserklärung derselben und wirkt sie nur für das Verfahren; ihre Wirkung ist gleich jener der ablehnenden Liquidirungserklärung des Masseverwalters; sie führt die Nothwendigkeit gerichtlicher Entscheidung herbei (§ 124 C.O.). Das Interesse der concurrirenden Gläubiger erfordert weiters nur eine Bestreitungsbefugniss solcher Forderungen, für welche der gleiche oder ein höherer Rang in Anspruch genommen wird, wie von ihm für die seine; denn eine Forderung niedereren Ranges kommt ja erst nach völliger Befriedigung jener des höheren Ranges zum Zuge. Darum ist (§ 119 C.O.) die Bestreitungsbefugnis auf Forderungen beschränkt, für welche der gleiche oder ein höherer Rang in Anspruch genommen wird, wie für die Forderung des Bestreitenden.[30]

Gewährt so einerseits die C.O. dem concurrirenden Gläubiger diese Bestreitungsbefugniss, so muss andererseits dafür Sorge getragen werden, dass sie nicht misbraucht werde. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass bei der Liquidirungstagfahrt erst festgestellt werden soll, aber noch nicht feststeht, wer mit Recht als concurrirender Gläubiger auftritt. Jedem concurrirenden Gläubiger die Bestreitungsbefugniss gewähren, hiesse zum Missbrauch direct herausfordern. Darum steht diese Befugniss nur jenen bei der Liquidirungstagfahrt erschienenen concurrirenden Gläubigern zu, deren Forderung

a) angemeldet ist, und

b) entweder in dem vom Gemeinschuldner vorgelegten Gläubigerverzeichniss erscheint,

---

[30]) Steinbach, Comm. z. Anfecht. Ges. S. 95; Menzel, Anfechtungs-Recht S. 289 u. Cosack, Anfechtungsr. S. 232 ff. beschränken dieses Bestreitungsrecht auch dahin, dass es nicht wegen der Anfechtbarkeit der angemeldeten Forderung (nach dem Anfechtgsges.) ausgeübt werden dürfe; nur der Masseverwalter dürfe aus diesem Grunde die Liquidirung ablehnen. Diese Anschauung ist unbegründet. Denn vor Allem braucht ein bestreitender Gläubiger gar nicht zu sagen, warum er bestreitet. Weiters sprechen die angeführten Schriftsteller mit Unrecht den Gläubigern im Concurse das Anfechtungsrecht ab; nur die Ausübung ist ihnen versagt.

c) oder bei dieser oder einer früheren Liquidirungstagfahrt in Betreff ihrer Richtigkeit (wenn auch nicht ihrer Rangordnung) vom Masseverwalter anerkannt und von Niemandem bestritten, oder gegen die Bestreitenden im Processweg bereits ersiegt wurde (§ 119 C.C.).[31]) Dieses Bestreitungsrecht erlischt, und die schon abgegebenen Bestreitungserklärungen verlieren ihre Wirkung, sobald eine der sub a und b oder a und c genannten Voraussetzungen wegfällt (§ 124 al. 4 C.O.).

X. Zur Abgabe dieser Liquidirungserklärungen finden die allgemeinen und besonderen Liquidirungstagfahrten folgendermassen statt.

Der Concurscommissär leitet die Verhandlungen, ihm steht daher das im § 192 Ger. Instr. normirte Disciplinarrecht zu. Die Verhandlung ist mündlich zu pflegen, über jede Post ist der Masseverwalter zu hören und ist den andern Anwesenden Gelegenheit zur Aeusserung zu geben. Auf den Inhalt dieser Erklärungen nimmt der Concurscommissär in keinem Fall einen rechtlichen Einfluss. Die mündliche Verhandlung geht von Anmeldungspost zu Anmeldungspost vor, u. z. in jener Reihenfolge, welche der Concurscommissär nach vernünftigem Ermessen für die beste hält.[32]) Die Reihenfolge ist wichtig für das Bestreitungsrecht concurrirender Gläubiger. Als regelmässige Reihenfolge der Prüfung bezeichnet § 115 C.O. aus diesem Grunde jene, dass a) die im Gläubigerverzeichnisse des Gemeinschuldners nicht aufgenommenen Anmeldungsposten, und b) die andern Posten nach der Zeitfolge der Ueberreichung der Anmeldung bei Gericht zu prüfen sind; hinzuzufügen ist, dass c) auch die in Anspruch genommene Rangordnung bei Bestimmung der Reihenfolge zu beachten ist.

Bei jeder Anmeldungspost ist sowohl ihre Richtigkeit als auch (sei es nur in eventu) die Richtigkeit ihrer Rangordnung zu prüfen. Ist das Verfahren über diese Post geschlossen, so können im Laufe selbst derselben Liquidirungsverhandlung weder der Masseverwalter seine anerkennende Erklärung ändern noch der Gemeinschuldner oder ein concurrirender Gläubiger ihre Erklärung nachtragen;[33]) nur die Rückziehung einer Bestreitungserklärung ist jederzeit auch nach Abhaltung der Liquidationstagfahrt zulässig (§ 115 C.O.).

---

[31]) Dieser Fall kann bei besonderen Liquidirungstagfahrten vorkommen.

[32]) Theilweise a. M. Kissling S. 196.

[33]) A. M. Gl.U. No. 3967.

Können bei der Liquidirungstagfahrt nicht sämmtliche zur Prüfung gestellte Anmeldungsposten geprüft werden, so beraumt der Concurscommissär von Amtswegen eine Tagfahrt zur Fortsetzung der Prüfung an (§ 118 C.O.; s. S. 213).

Ist die Prüfung aller Anmeldungsposten beendet, so ist die Liquidirungstagfahrt zu Ende. Besondere rechtliche Wirkungen knüpfen sich an dieses Ende nicht, sondern nur an den Schluss der Prüfung der einzelnen Post.

XI. Bei der Liquidirungstagfahrt ist ein Liquidirungsprotocoll zu führen[34]) (§ 115 C.O).

In demselben sind die Namen aller jener Personen anzuführen, welche der Tagfahrt beigewohnt haben; ferner ist jede Anmeldungspost in eben jener Reihenfolge anzuführen, wie in der Anmeldungstabelle, und es ist bei jeder Post sofort nach Abschluss ihrer Prüfung[35]) durch den Concurscommissär, resp. seinen Schriftführer das Ergebniss der mündlichen Verhandlung, nämlich die Liquidirungserklärung des Masseverwalters rücksichtlich der angemeldeten Forderung und ihrer Rangordnung, ferner die etwa abgegebenen Bestreitungserklärungen des Gemeinschuldners und der concurrirenden Gläubiger ersichtlich zu machen.

Dieses Liquidirungsprotocoll ist vom Concurscommissär und dem Schriftführer, sowie von den sonst erschienenen Personen zu unterfertigen. Die Unterfertigung durch die Letzteren ist jedoch nur instructionell vorgeschrieben (§ 193 Ger.Instr.).

Bei besonderen Liquidirungstagfahrten ist das Protocoll der allgemeinen Liquidirungstagfahrt fortzusetzen.

Das Protocoll ist nicht richterlicher Cognitionsact, da ja jede sachliche richterliche Prüfung der Anmeldungen fehlt, sondern ein richterlicher Urkundsact. Als solcher macht das Protocoll zwar nach § 292 C.P.O. vollen Beweis, jedoch ist ein Gegenbeweis gegen seinen Inhalt zulässig.[36]) Ein solcher Gegenbeweis kann (schon nach dem Zwecke des Liquidirungsprotocolles) nur

---

[34]) Kaserer S. 183 ff.; Kissling S. 196; Taliř, Ueber die Gebührenpflichtigkeit d. Liquidationsprot. im Concurse (Mittheil. d. Prager dtsch. J.V. IV S. 125 ff.). Die Texte der Anmeldungstabelle und des Liquidirungsprotokolles decken einander mit Ausnahme des Kopfes völlig.

[35]) Kaserer S. 185.

[36]) Ullmann, Oesterr. Civilprocessr. S. 245; vgl. Gl.U. No. 6676, 8823, 9052.

zum Gegenstande haben, dass die protocollirten Erklärungen nicht richtig, oder dass abgegebene Erklärungen nicht protocollirt wurden.

XII. Dieses Liquidirungsprotocoll ist die wichtigste Grundlage des folgenden Concursverfahren und auch ausserhalb desselben sehr bedeutsam.[37]) Zwar knüpfen sich die Wirkungen rechtlich nicht an das Protocoll, sondern an die Erklärungen; allein das Protocoll als öffentliche Urkunde bildet die sichtbare Grundlage der Wirkungen einer anerkennenden, bedingten, bestreitenden Liquidirungserklärung.

In Anerkennung dieser Wichtigkeit verordnet die C. O., dass den concurrirenden Gläubigern durch den Concurscommissär ausfertigte amtliche Auszüge aus dem Protocolle über ihre Anmeldung und die in Bezug auf deren Liquidirung und Rangordnung abgegebenen Erklärungen ertheilt werden (§§ 118, 125 C. O.); diese Auszüge sind den concurrirenden Gläubigern, deren Ansprüche irgendwie bestritten wurden, von Amtswegen mit thunlichster Beschleunigung, den Gläubigern, deren Anmeldungen anerkannt (und von Niemandem bestritten) wurden, auf ihren Antrag auszufertigen; in jedem Falle sind die Originalbeilagen der Anmeldung mit dem Protocollauszuge zurückzustellen.[38])

Der Protocollauszug über unbestrittene Forderungen[39]) ist ausserhalb des Concursverfahrens ein Executionstitel „wie ein gerichtlicher Vergleich“ (§ 121 C. O.), wie der ungenaue Ausdruck des Gesetzes lautet;[40]) der Protocollauszug über bestrittene Forderungen dient als Grundlage für die Liquidirungsprocesse.

XIII. Die Depurirung des Concursactes beschränkt sich nicht auf die erwähnte Zurückstellung der Originalurkunden an die concurrirenden Gläubiger. Auch die nach § 110 C. O. eingeforderten Processacten über angemeldete Ansprüche sind nach der Liquidirungstagfahrt dem Processgerichte von Amtswegen zurückzu-

---

[37]) Oetker, Concursrechtl. Grundbegr. I S. 304 ff.

[38]) Auf den Urkunden ist das Resultat des Liquidirungsverfahrens ersichtlich zu machen (§ 121 C. O.), u. z. sowohl bei bestrittenen als auch bei unbestrittenen Ansprüchen. Ueber die Stempelpflicht dieser Protokollauszüge s. J.M.E. v. 2. August 1874 Z. 6556 (bei Manz VI I S. 461) u. Tallř in Mittheil. d. Prager Jur. V. IV S. 125 ff.

[39]) Die Rangordnung kann bestritten sein.

[40]) § 133 dtsch. C. O. stellt den Protokollauszug mit Recht einem Urtheile gleich.



stellen, soferne dessen Competenz nicht nach § 7 C.O. an das Concursgericht übergeht.[41])

XIV. Die Kosten des allgemeinen Liquidirungsverfahrens sind (mit Ausnahme jener der Anmeldung und ihrer Vertretung bei der Tagfahrt) Massekosten; hiezu gehören inbesondere die Kosten der Gläubigerconvocation und der Liquidirungstagfahrt (§ 122 C.O.).

Die Kosten der besonderen Liquidirungsverfahren tragen jene concurrirenden Gläubiger, welche dieselben durch Versäumung der Anmeldungsfrist verursacht haben (§ 123 al. 4 C.O.).

§ 46. Fortsetzung: Die Liquidirungsprocesse.[1])

I. Wie aus der vorhergehenden Darstellung sich ergiebt, ist die Wirkung einer Bestreitungserklärung verschieden nach der Person, von welcher sie ausgeht.

Geht sie vom Gemeinschuldner aus, so ist sie im Concurse ohne Wirkung, ein Liquidirungsprocess ist darum ausgeschlossen.[2]) Dies ergiebt sich auch schon daraus, dass in demselben der Gemeinschuldner doch nur vom Masseverwalter vertreten werden könnte (s. § 29 VIII); wollte derselbe aber die Forderung bestreiten, so hatte er es selbst zu thun. Die Bestreitungserklärung des Gemeinschuldners vertagt also nur den Process und die Entscheidung hinsichtlich des nicht zum Concursvermögen gehörigen Vermögens.[3])

Liegt aber eine Bestreitung des Masseverwalters oder eines concurrirenden Gläubigers vor, so tritt allerdings eine erhebliche Wirkung im Concurse ein. Der concurrirende Gläubiger dessen Forderung oder Rangordnung von einer dieser Personen bestritten wurde, bleibt zwar ein concurrirender Gläubiger und ist nach § 129 C.O. nicht verpflichtet, einen Liquidirungsprocess zu führen; es bleibt dies seinem Ermessen völlig überlassen

[41]) Zu allgemein gefasst ist § 125 al. 2 C.O.

[1]) Kaserer S. 191 ff.; Kissling S. 204 ff.; vgl. Oetker, Concursr. Grundbegr. I S. 309 ff.; Kohler, Lehrb. S. 561 ff. S. auch S. 196 ff.

[2]) § 124 al. 1 C.O. ist demnach zu allgemein gefasst; a. M. Kissling S. 205; Gl.U. No. 5112; für das deutsche Recht Kohler, Lehrb. S. 568 ff.; Oetker a.a.O. S. 356 ff.

[3]) Während des Concurses kann der Gemeinschuldner persönlich von einem concurrirenden Gläubiger nicht geklagt werden.

(s. § 45 IX 3). Aber insolange er den Process nicht begonnen hat, wird er bei der Abfassung des Vertheilungsentwurfes nicht berücksichtigt (§ 175 C.O.); insolange er den Process nicht in erster Instanz gewonnen hat, bleibt sein Stimmrecht im Zwangsausgleichsverfahren von dem Ermessen des Concursgerichts abhängig (§ 209 C.O.), und insolange er den Process nicht endgiltig gewonnen hat, bleibt er von den Vertheilungen im Concurse ausgeschlossen.[4]) Der concurrirende Gläubiger hat demnach ein starkes Interesse daran, den Process zu führen. Die Opponenten (d. s. jene Personen, welche eine im Concursverfahren wirksame Bestreitungserklärung abgegeben haben) dürfen ihrerseits die negative Feststellungsklage anstellen.

II. Mit Rücksicht auf die möglichen Situationen muss erwogen werden a) der Liquidirungsprocess gegen einen oder mehrere Opponenten, und b) der Liquidirungsprocess ohne vorhergehenden und mit vorhergehendem Process.

ad a) Ist nur ein Opponent vorhanden, so ist mit diesem der Process zu führen, u. z. mit ihm persönlich, wenn es ein concurrirender Gläubiger ist, mit ihm in Vertretung des Gemeinschuldners,[5]) wenn es der Masseverwalter ist.

Complicirter liegt die Sache dann, wenn mehrere Opponenten vorhanden sind. § 124 C.O. schreibt vor, dass gegen sie nur ein Liquidirungsprocess zu führen sei, und dass die mehreren Opponenten eine passive Streitgenossenschaft bilden; als Erstgeklagter ist der Masseverwalter zu nennen, wenn er an der Bestreitung theilgenommen hat, und in diesem Falle sind die Processkosten der passiven Streitgenossenschaft Massekosten.[6]) Hat der Masseverwalter nicht opponirt, so sind die Processkosten nur insoweit Massekosten, als der Nutzen reicht, welcher durch den Liquidirungsprocess dem Concursvermögen zugewendet worden ist (§ 133 C.O.); es entscheidet der Erfolg.

---

[4]) Ist nur die Rangordnung bestritten, so kann unter Umständen die Forderung auch vor dem Siege zur Betheiligung kommen, aber nur nach dem ihr im Liquidirungsverfahren zugestandenen Rang. Insoferne ist § 184 al. 4 C.O. nicht genau textirt.

[5]) § 124 C.O. sagt „der Gläubigerschaft".

[6]) Ihr Ersatz kann nach § 133 C.O. wegen muthwilliger Processführung dem Masseverwalter persönlich aufgetragen werden; Gl.U. No. 11683. Und wenn der Verwalter vermögenslos, die Concursmasse zahlungsfähig ist? Vgl. Dr. W. P., Zu § 133 C.O. (in Jur.Bl. 1886 S. 403).

Diese Anordnungen passen nun allerdings auf den Fall, dass die mehreren Opponenten aus dem gleichen Grunde (§ 11 Z. 1 C.P.O.) und in dem gleichen Umfange opponiren; da ist die Verwendung der passiven Streitgenossenschaft am Platze. Aber wenn diese Gleichheit verschwindet, der Masseverwalter z. B. wegen Anfechtbarkeit, ein Gläubiger wegen Gewährleistung die Forderung, ein anderer Gläubiger aber nur ihre Rangordnung bestreitet, da ist die Einheit des Liquidationsprocesses zum Mindesten werthlos, weil nicht einmal die gegen die verschiedenen Opponenten gerichteten Begehren einander decken. Dennoch darf lege ita scripta[7]) auch in solchen Fällen nur ein Liquidirungsprocess geführt werden.

III. Die Liquidirungsklage geht auf Verurtheilung zur Leistung, nicht blos auf die Feststellung des Anspruchs, wenn der Masseverwalter opponirt; gegen andere Opponenten geht sie nur auf Feststellung. Das Begehren um Setzung einer Paritionsfrist und um Executionsandrohung entfällt gemäss den Grundsätzen des Concursverfahrens auch wider den Masseverwalter. Das Begehren ist begrenzt durch das in der (bestrittenen) Anmeldung hinsichtlich des Anspruchs und seines Vorrechts gestellte Begehren (§ 130 C.O.).

Auf die gehörig mit der bestrittenen Anmeldung und dem Liquidirungsprotocollauszuge belegte und nach der C.P.O. gehörig verfasste Klage ist das ordentliche Verfahren vor Gerichtshöfen einzuleiten; die andern Verfahrensarten (nicht blos die im § 131 C.O. genannten[8])) sind unzulässig.

Processparteien sind der Kläger und der Gemeinschuldner (letzterer) unter Vertretung des opponirenden Masseverwalters, ferner kraft eigenen Rechts (nicht als Vertreter) die andern Opponenten. Danach richtet sich die Ausschliessung und Ablehnung von Richtern, die Beurtheilung der Bedenklichkeit und Verwerflichkeit von Zeugen und Sachverständigen nach dem alten Processverfahren, das Recht zur Zeugnissweigerung nach § 321 Z. 1, 2 C.P.O., endlich die Eidesfähigkeit. Hat der Masseverwalter opponirt, so ist der durch ihn vertretene Gemeinschuldner Processpartei, und wenn auch nicht processfähig, so doch unbedingt eides- resp. vernehmungsfähig;[9]) neben ihm ist vermöge positiver Vorschrift des

---

[7]) Vgl. die Eingangsworte des § 11 C.P.O.

[8]) Gl.U. No. 6660, 6802.

[9]) Gl.U. No. 4640, 6273, 8751; Winterhalder in G.H. 1874 No. 9;

§ 373 C. P. O. der Masseverwalter wie eine Partei eidesfähig. Opponiren nur Gläubiger, so ist der Gemeinschuldner nicht Processpartei, aber auch in diesem Falle nach der positiven Vorschrift des § 373 C.P.O. gleich einer Partei eidesfähig.

IV. ad b) Ist der Anmeldung kein Process vorhergegangen und eignet sich die Forderung für den Rechtsweg, so liegt die Sache einfach. Der Liquidirungsprocess auf Richtigkeit der Forderung und der Rangordnung ist beim Concursgericht anzustrengen (§ 126 C.O.). Eignet sich die Forderung nicht für den Rechtsweg, so wird der Liquidirungsprocess auf Richtigkeit der Forderung vor der zuständigen Behörde (§ 127 C.O.), und nach dessen für den Anmeldenden siegreichem Ende der Liquidirungsprocess bezüglich der Rangordnung beim Concursgericht angestrengt (§§ 128, 132 C.O.).

Ebenso liegt die Sache, wenn bei der Liquidirungstagfahrt schon ein rechtskräftiges Urtheil vorliegt.

V. Complicirt sind dagegen die Fälle, in welchen durch die Concurseröffnung Processe gehemmt wurden. Dieselben sollen nach § 134 C.O. fortgesetzt werden. Aber eine einfache Fortsetzung (Aufnahme) des Processes kann nicht stattfinden, weil 1. der Gemeinschuldner zwar parteifähig, aber rücksichtlich des Concursvermögens nicht processfähig ist und der Process darum gegen den Masseverwalter geführt werden muss, wenn dieser die ablehnende Liquidirungserklärung abgegeben hat; 2. die andern Opponenten nach der ausnahmslosen Vorschrift des § 124 C.O. mit dem Masseverwalter als Streitgenossen belangt werden müssen,[10]) ihr Eintritt in den Process aber nicht unter den Begriff der einfachen Fortsetzung desselben gebracht werden kann. Dasselbe gilt umsomehr, wenn der Masseverwalter gar nicht, sondern nur kraft ihres Einzelrechts opponirende concurrirende Gläubiger in Frage stehen; denn diese vertreten den Gemeinschuldner nicht, ihr Eintritt in den Process bedingt daher einen Wechsel der Processpartei; weil 3. der Anspruch eine Veränderung in einen Geldanspruch erlitten haben kann, die an sich unter das Verbot der Klagänderung fällt, und 4. die Rangordnung bestritten sein kann; wird ihre Entscheidung im fortgesetzten Processe verlangt,

---

entg. Gl.U. No. 4746, 5112; in der Theorie sehr bestritten; s. die Litteratur bei Petersen im Sächs. Arch. f. bgl. Recht I S. 29 ff.

[10]) Im § 134 C.O. ist § 124 C.O. citirt.

so fällt dies an und für sich unter das Verbot der Klagerweiterung.

Die C.O., welche, wenn möglich, die separaten Liquidirungsprocesse vermeiden wollte, ist über diese Schwierigkeit fast ganz hinweggegangen, indem sie nur im § 134 C.O. ausnahmslos die analoge Anwendung der Vorschriften vorschreibt, welche für den Fall gegeben sind, dass der Anmeldung kein Process vorherging, und im § 135 C.O. einen Theil des Falles 4 regelt. Daraus ergiebt sich, dass die im § 134 C.O. vorgesehene Fortsetzung des Processes sich als eine ganz eigenthümliche Art der Processfortsetzung darstellt.

Bei derselben ist nämlich in jedem Processstadium die Fortsetzung des Processes gegen die Opponenten (mag der Masseverwalter unter ihnen sein oder nicht) statt gegen den Gemeinschuldner, somit unter Umständen eine Veränderung einer Processpartei zulässig. Ebenso zulässig ist in jedem Processstadium die Klagänderung durch Umwandlung des Anspruchs in den mit der Anmeldung geltend gemachten Geldanspruch. Endlich ist im Verfahren erster Instanz zulässig die Klagerweiterung durch eine Ausdehnung des Begehrens auf die Zuerkennung der bestrittenen Rangordnung. Ist jedoch eine Entscheidung erster Instanz in der Hauptsache schon ergangen, so ist die Zuerkennung der bestrittenen Rangordnung mittelst besonderer Klage zu erwirken § 135 C.O.).

Andererseits ist bei diesen fortgesetzten Processen eine Verringerung des Begehrens dahin regelmässig, dass das Begehren um Festsetzung einer Paritionsfrist und die Androhung der Execution wie bei den Liquidirungsprocessen für die Dauer des Concursverfahrens[11]) wegfällt.

Endlich ist hervorzuheben, dass die Processfortsetzung beim Concursgerichte geschieht (bei welchem die Acten sich ohnedies nach § 110 C.O. befinden), wenn nicht vor der Concurseröffnung schon eine Entscheidung erster Instanz in der Hauptsache von einem andern Gerichte ergangen ist.

Von einer regelmässigen Fortsetzung der gehemmten Processe ist demnach keine Rede, sondern von einer anormalen. Soweit

---

[11]) Nach dem Concursverfahren galt das Hfd. v. 10. Februar 1783 J.G.S. No. 387, und gilt jetzt in analoger Anwendung des § 409 C.P.O. die vierzehntägige Paritionsfrist.

jedoch im Vorhergehenden nicht Ausnahmen genannt sind, wird der einzelne Process regelmässig, also namentlich bei dem Punkte, bei welchem er unterbrochen, und in dem Verfahren, in welchem er begonnen wurde, fortgesetzt (aufgenommen), wobei die Vorschriften der §§ 164 ff. C.P.O. gelten.

VI. Der selbständige Liquidirungsprocess und der mit dem Liquidirungsprocess zur Einheit verbundene fortgesetzte Process stehen einander hinsichtlich der Wirkung gleich.

1) Der anhängige Process bewirkt, dass der concurrirende Gläubiger bei der Beendigung des Concurses durch Vergleich (§ 157 C.O.) und Zwangsausgleich (§ 223 C.O.)[12]) und bei der Verfassung des Vertheilungsentwurfes mit seinem vollen Anspruch berücksichtigt werden muss (§ 175 C.O.), wenn auch sein Anspruch, resp. seine Quote ihm bis zum Siege nur sichergestellt wird (§ 184 C.O.).

Damit diese Berücksichtigung erfolgen könne, muss der Masseverwalter von der Einleitung des Processes in Kenntniss sein. Ist er selbst der Opponent, so erfährt er sie aus der Zustellung der Klage, eine separate Verständigung wäre nicht erforderlich. Immerhin schreibt die C.O. im § 129 allgemein vor, dass der klagende Gläubiger den Ausweis über die Einleitung des Processes (durch eine Präsentationsrubrik) dem Concurscommissär erbringen soll,[13]) der seinerseits ungesäumt den Masseverwalter davon zu verständigen hat.

Eine erzwingbare Pflicht des klagenden Gläubigers zur Anzeige besteht nicht, ebensowenig eine Frist; der Masseverwalter muss den Anspruch berücksichtigen, wenn er von dem anhängigen Processe (sei es auch nicht im Wege des § 129 C.O.) weiss; und solange der Vertheilungsentwurf noch berichtigt werden kann, demnach solange noch Erinnerungen gegen ihn zulässig sind, kann auch die Anzeige im Wege einer Erinnerung noch mit Wirkung für diesen Entwurf gemacht werden (§ 175 C.O.).

2) Der Sieg des Liquidirungsklägers in erster Instanz in der Hauptsache verschafft ihm unbedingt das Stimmrecht im Zwangsausgleichsverfahren.

3) Das (rücksichtlich des Anspruches) siegreiche Endurtheil stellt im Concurse und in den Fällen der §§ 157 und 223

[12]) Im Falle des Vergleiches und des Zwangsausgleiches erzwingt übrigens schon die Anmeldung eines Anspruches seine Berücksichtigung.

[13]) § 129 al. 2 C.O. sagt ungenau „hat“.

C.O. die Qualität des Klägers als concurrirenden Gläubigers endgiltig so fest, als wäre seine Anmeldung anerkannt und von keinem concurrirenden Gläubiger bestritten worden. Hiezu ist aber erforderlich, dass der Sieg gegen alle Opponenten errungen wurde. Ist auch nur ein Opponent, sei es im einheitlichen Liquidirungs-, sei es in einem der fortgesetzten Processe siegreich geblieben, so wirkt dieser Sieg in Erweiterung der Wirkung der res iudicata zu Gunsten der anderen Opponenten, ja sogar zu Gunsten des Masseverwalters und der concurrirenden Gläubiger, welche die Forderung gar nicht bestritten haben (§ 136 C.O.). Denn es geht nicht an, Jemanden gegenüber einzelnen Personen als Gläubiger gelten zu lassen, gegenüber andern nicht.

Ist darum in dem Endurtheile die Liquidirungsklage (sei es auch im fortgesetzten Processe) auch nur gegen einen Opponenten rücksichtlich des Anspruches selbst abgewiesen, so scheidet der Kläger aus den concurrirenden Gläubigern definitiv aus.

Zweifelhafter ist der Fall, wenn der Sieg eines Opponenten sich nur auf die Rangordnung bezieht; denn es ist möglich, dass der Liquidirungskläger gegen einen Opponenten eine andere Rangordnung habe, als gegen die anderen Opponenten und gegen die nicht opponirenden concurrirenden Gläubiger. Nach dem Wortlaut des § 136 C.O. erstreckt sich jedoch die Wirkung des Sieges auch nur eines Opponenten rücksichtlich der Rangordnung auf alle concurrirenden Gläubiger, und mit Rücksicht auf § 119 ad 2 C.O. muss diese Verordnung acceptirt werden.

Um dieser Wirkungen willen sind diese Urtheile vom Processgerichte sofort abschriftlich dem Concurscommissär mitzutheilen, der den Masseverwalter nöthigenfalls in Kenntniss zu setzen, und in jedem Fall die Anmerkung des Urtheiles in der Anmeldungstabelle und dem Liquidirungsprotocolle zu veranlassen hat (§ 136 al. 3 C.O.).

4) Ob die genannten Urtheile ausserhalb des Concurses Wirkungen haben, hängt vor Allem davon ab, ob der Gemeinschuldner die Anmeldungspost bestritten hat. Ist dies der Fall, dann haben die Liquidirungsurtheile ausserhalb des Concurses keine Wirkung gegen den Gemeinschuldner.

Hat der Gemeinschuldner die Anmeldungspost nicht bestritten, so macht das siegreiche Liquidirungsurtheil in analoger Anwendung des § 55 C.O. res iudicata wider ihn; zur Beurkundung dient der Auszug aus dem Liquidirungsprotocoll, in welches

das Resultat des Liquidirungsprocesses nach § 136 C.O. eingetragen ist.

Das Urtheil, welches den Liquidirungskläger abweist, macht für den Gemeinschuldner nur dann res iudicata, wenn Sieger im Processe der Masseverwalter[14]) war, und wenn der Sieg nicht ausschliesslich auf das Concursverfahren im Urtheile beschränkt ist.[15])

5) Die im Vorhergehenden schon mehrfach bezogenen Fälle der §§ 157 (Vergleich) und 223 C.O. (Zwangsausgleich) bieten juristisch rücksichtlich der Liquidirungsprocesse keine Besonderheiten. Hat der Gemeinschuldner die betreffenden Anmeldungen bestritten, so wird er persönlich durch siegreiche Urtheile nicht getroffen, welche die Liquidirungskläger erwirken; wie sonst, bezieht auch in diesem Falle die Wirkung der Urtheile sich lediglich auf das Concursvermögen, resp. die nach den §§ 157 und 223 C.O. für die (vom Masseverwalter oder von Gläubigern) bestrittenen Ansprüche sichergestellten Beträge. Nur wird die Concursaufhebung durch solche Liquidirungsprocesse nicht gehindert (§§ 158, 237 C.O.), und so entsteht die scheinbare Anomalie, dass die Urtheile zwar nicht gegen den Gemeinschuldner, wohl aber nach der Concursaufhebung Wirkung haben.

§ 47. Die Gläubigerschaft.

I. Unter Gläubigerschaft versteht die C.O. (§§ 1 und 4) die Gesammtheit derjenigen Gläubiger, deren Ansprüche zur Zeit der Concurseröffnung bestanden haben. Nach § 1 C.O. erlangt diese Gläubigerschaft durch die Concurseröffnung das Recht, das Concursvermögen „nach den Bestimmungen der gegenwärtigen C.O." in Verwahrung und Verwaltung zu nehmen und zu ihrer Befriedigung zu verwenden. Dieses Vermögen wird im § 67 Z. 5 C.O. als gemeinschaftliche Concursmasse bezeichnet. Nach § 4 C.O. ist die Gläubigerschaft berechtigt, im Namen des Gemeinschuldners Erbschaften cum beneficio inventarii anzutreten und Vermächtnisse anzunehmen. Nach den §§ 6, 7 und 10 C.O. tritt sie an die Stelle des Gemeinschuldners in seinen Activ- und Passivprocessen, welche das Concursvermögen betreffen (vgl. § 124 C.O.). Nach § 144 C.O. hat sie von der allgemeinen Liquidirungstagfahrt an das Recht,

[14]) Die opponirenden Gläubiger vertreten nur sich.

[15]) Das Urtheil muss im Tenor darüber Aufschluss geben.



das Verwaltungs- und Realisirungsgeschäft selbständig, in der Regel ohne gerichtliche Dazwischenkunft zu führen.

Die Ausübung dieser Rechte nach Aussen hin steht nach § 76 C.O. als Vertreter der Gläubigerschaft und Verwalter[1]) des Concursvermögens dem Masseverwalter zu, der nach § 78 C.O. und § 16 A.G. Dritten gegenüber ausschliesslich zur Ausübung dieser Rechte berufen, dagegen nach Innen vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt der Ueberwachung des Concurscommissärs (§ 80 C.O.) unterstellt, in manchen Fällen an dessen oder des Concursgerichts Ermächtigung (§§ 147, 148 C.O.), nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt in denselben Fällen an die Zustimmung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung, überdies an die besonderen Verwaltungsnormen gebunden ist, welche ihm die Gläubigerschaft innerhalb der gesetzlichen Grenzen giebt (§ 144 C.O.).

Die Bestellung des Masseverwalters erfolgt bei der Concurseröffnung durch das Concursgericht (§ 67 C.O), nach der sog. Wahltagfahrt durch das Concursgericht auf Grund eines Vorschlages der bei dieser Tagfahrt erschienenen Gläubiger, welche ihre Ansprüche glaubwürdig bescheinigen (§ 74 C.O.), von der allgemeinen Liquidirungstagfahrt an durch dasselbe auf Grund der Wahl der bei derselben erschienenen Gläubiger, deren Forderungen angemeldet sind (§ 143 C.O.).

II. Aus diesen Bestimmungen scheint die Annahme zu folgen, dass es eine „Gläubigerschaft" als etwas von der Summe der Einzelnen Verschiedenes giebt, und dass dieser Gläubigerschaft als solcher bestimmte Rechte am Concursvermögen zustehen. Thatsächlich entspricht dem die herrschende österr. Lehre.[2])

Es lässt sich jedoch nachweisen, dass hier lediglich eine unrichtige theoretische Anschauung des Gesetzes vorliegt, welche nach allgemeinen Grundsätzen nicht bindet.

III. Ihre Grundlage hat diese Theorie der Gläubigerschaft in der gemeinrechtlichen Lehre, welche eine Universal- oder Singularsuccession der Gläubiger in das schuldnerische Vermögen, ein ding-

---

[1]) § 1 C.O. spricht von „Verwahrung und Verwaltung", § 76 C.O. nur von „Verwaltung"; die ergänzende Vorschrift enthält § 87 C.O.

[2]) Kaserer S. 84; v. Canstein in Grünhut's Ztschr. IX S. 464 ff.; Schwarz S. 75; Klein in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XIX S. 496 ff.; ablehnend Mitteis, Stellvertretung S. 5; Menzel, Anfechtungsr. S. 286 ff.



liches Recht derselben an diesem Vermögen, annahm.[3]) Aus dieser ist sie in den § 4 der preuss. C.O. vom 8. Mai 1855,[4]) und von da in die österr. C.O. vom 25. December 1868 übernommen worden.

Aus der gegebenen Darstellung scheint allerdings hervorzugehen, dass der Gesetzgeber die gemeinrechtliche Theorie der Gläubigerschaft recipiren wollte. Allein die Motive[5]) ergeben, dass dies nur zum Theile der Fall war. Man verkannte nicht, dass vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt an eine Gläubigerschaft und an eine Constituirung derselben nicht gedacht werden könne, und rechnete mit ihr erst von der allgemeinen Liquidirungstagfahrt an. Diesem Gedankengange entsprechen die §§ 144, 147 und 148 der C.O. völlig. Allerdings stehen die §§ 1, 4, 6, 7 und 10 dem Anscheine nach mit ihm nicht im Einklange; sie sprechen jedoch nur allgemeine Sätze über die Rechte der „Gläubigerschaft" aus, welche mit Rücksicht auf die §§ 144 ff. C. O. jedenfalls einschränkend interpretirt werden müssten.

Aber selbst in dem eingeschränkten Gebiete, welches die Motive gewähren, ist der Begriff der „Gläubigerschaft" mit vollem Rechte nicht im Gesetze recipirt. Um dies nachzuweisen, müssen zwei Punkte untersucht werden: 1) was ist Gläubigerschaft? 2) welche Rechte hat sie?

IV. Der § 1 C.O. identificirt die Gläubigerschaft mit der Gesammtheit der Gläubiger, deren Ansprüche zur Zeit der Concurseröffnung bestanden haben, d. h. mit der Gesammtheit der Concursgläubiger. Dies entspricht der Wahrheit nicht. Denn nicht alle Concursgläubiger betheiligen sich am Concursverfahren, sind auch hiezu nicht verpflichtet. Ihnen als Gesammtheit Rechte und Pflichten im Concurse aufzuerlegen, ohne zugleich die Pflicht zur Theilnahme zu statuiren, geht aber nicht an. Man kann doch nicht fingiren, dass alle Concusgläubiger am Verfahren sich betheiligen.

Andererseits kann man den § 1 C.O. nicht auf die concurrirenden Gläubiger beziehen. Denn es wäre einerseits nicht abzusehen, aus welchem Titel diesen (soferne sie nicht Concursgläubiger sind), das Verfügungs- und Verwaltungsrecht über das Concursvermögen

---

[3]) S. § 29 II.

[4]) Der österr. C.O. v. 1. Mai 1781 ist sie fremd; vgl. §§ 7, 35, 36 ders.

[5]) Kaserer S. 126 ff.

zustehen sollte; andererseits wechselt der Kreis der concurrirenden Gläubiger vom Beginne des Concurses bis zu seinem Ende,[6]) und steht erst am Ende, also in einem Zeitpunkte fest, wo die Verfügungs- und Verwaltungsbefugniss der „Gläubigerschaft" aufhört.

Die „Gläubigerschaft" ist demnach aus ganz unbestimmten „Gläubigern" zusammengesetzt und müsste während des Concurses ihre angeblichen Rechte und Pflichten ausüben, obwohl erst am Ende des Concurses sich zeigt, welche dieser unbestimmten Gläubiger Concursgläubiger sind. Nun liesse sich ja ein Gesetz denken, welches unter Vernachlässigung von Fehlerquellen bestimmten nichtberechtigten concurrirenden Gläubigern[7]) ein dingliches Recht im Concurse giebt, aber unbestimmten nichtberechtigten Personen kann dies nicht übertragen werden, weil es dingliche Rechte mit dauernd unbestimmten Subjecten nicht geben kann.

Ueber diese Schwierigkeiten durch Annahme einer juristischen Person der „Gläubigerschaft" sich hinwegzuhelfen, hat man mit Recht allgemein aufgegeben;[8]) hinter der „Gläubigerschaft" stehen die einzelnen Gläubiger doch allzu nahe, als dass man eine von ihnen allen verschiedene Person der Gläubigerschaft annehmen könnte. Dagegen wird die Gläubigerschaft bisweilen noch als Rechtssubject, Personengesammtheit mit Sondervermögen,[9]) als Gemeinschaft[10]) bezeichnet. Auch diese Anschauung wird mit Recht von der überwiegenden Mehrzahl abgelehnt.[11]) Denn dieser Gemeinschaft würde jedes Vermögen fehlen (das Concursvermögen bleibt Vermögen des Gemeinschuldners), und nicht einmal der Anspruch auf Befriedigung aus dem Concursvermögen ist gemeinschaftlich, steht vielmehr den einzelnen Concursgläubigern

---

[6]) S. § 29, II, III, V.

[7]) So die österr. C.O. im § 74.

[8]) v. Canstein in Grünhut's Ztschr. IX S. 467; Bernatzik, d. jurist. Persönlichkeit der Behörden, S. 61 Anm. 206; Kohler, Lehrb. S. 370 f.; Petersen-Kleinfeller, Comm. S. 17.

[9]) v. Canstein a.a.O. S. 464; vgl. Wach, Handbuch I S. 589 f.; Schwarz S. 76 f. spricht sich über diese Frage nicht aus.

[10]) Kohler a.a.O. S. 371 ff.; vgl. für das österr. Recht auch Petersen, Die rechtl. Stellung d. Concursverw. (im Sächs. Arch. f. bgl. Recht u. Pr. 1 S. 14).

[11]) Bernatzik in Grünhut's Ztschr. XVII S. 229 ff.; Schultze, Concursr. S. 13 ff.; Endemann, Das deutsche Concursverf. S. 54; Fitting, Concursr. S. 33 u. a. m.

zu. Endlich spricht gegen die Annahme einer Gemeinschaft die Variabilität der zur „Gläubigerschaft" gehörigen Personen und ihrer Antheile.

Die Gläubigerschaft ist demnach nur der einer falschen Theorie entstammende Ausdruck für die unter den concurrirenden Gläubigern bestehende Interessengemeinschaft. Aus dieser glaubte der Gesetzgeber eine Rechtsgemeinschaft machen zu sollen. Thatsächlich giebt es keine Gläubigerschaft, sondern nur Concursgläubiger und concurrirende Gläubiger.

V. In voller, wenn auch unbewusster Uebereinstimmung mit diesen Resultaten ordnet die C.O. das Verfahren derart, dass die Gläubigerschaft nicht als ein nothwendiger Bestandtheil des Concursverfahrens erscheint. Vielmehr ist nach ihr ein Concursverfahren denkbar und kommt vor, bei welchem die Gläubigerschaft auch nicht ein einziges Mal handelnd auftritt.

Vor allem ist hervorzuheben, dass die Concurseröffnung ohne, ja wider Willen der Gläubiger erfolgen kann (§§ 62, 199 C.O.). Diese erhielten also wider ihren Willen ein dingliches Recht am Concursvermögen. Dann ist bezüglich des Concursverfahrens selbst Folgendes zu bemerken.

Die C.O. theilt das Verfahren in zwei Theile: bis zur allgemeinen Liquidirungstagfahrt, und seit derselben.

Für den (erheblichen) Zeitraum bis zur allgemeinen Liquidirungstagfahrt haben die Motive selbst von der Gläubigerschaft abgesehen, und die C.O. spricht im § 74, der von den Rechten der „Gläubiger" in diesem Zeitraum handelt, nicht von der Gläubigerschaft, sondern von den Gläubigern.[12]) Sie normirt im § 74 Einzelrechte derselben. In Uebereinstimmung mit der Anschauung der Motive verordnet die C.O. die Bestellung des provisorischen und des definitiven Masseverwalters durch das Concursgericht und gesteht den im § 74 C.O. bezeichneten Personen nur ein Vorschlagsrecht zu. In weiterer Consequenz unterstellt die C.O. für diesen Zeitraum den Masseverwalter nicht den Weisungen oder der Aufsicht der Gläubiger.

Bis zur allgemeinen Liquidirungstagfahrt ist demnach das im § 1 C.O. normirte Recht der Gesammtheit der Gläubiger, der Gläubigerschaft im Gesetze selbst weiter nicht zum Ausdruck gekom-

---

[12]) Auch dieser Ausdruck ist unrichtig, denn die Gläubigerqualität steht ja nicht fest.



men. § 1 C.O. sagt einen theoretischen Satz, der bis zur allgemeinen Liquidirungstagfahrt ohne praktische Consequenz im Gesetze bleibt.

Anders scheint es mit dem zweiten Theile des Concursverfahrens von der allgemeinen Liquidirungstagfahrt an zu stehen. Zwar steht auch jetzt die Gläubigerschaft durchaus nicht fest, wie die Liquidirungsprocesse und die Zulässigkeit besonderer Liquidirungstagfahrten erweisen. Allein die Motive nehmen dies an, und es wäre möglich, dass das Gesetz den Intentionen der Gesetzgeber entspräche.

Bei Erwägung der entsprechenden sub I dargestellten gesetzlichen Vorschriften muss beachtet werden, dass nach den im § 29 II gegebenen Ausführungen die Gläubigerschaft weder als Universal- noch als Singularsuccessorin des Gemeinschuldners (auch nicht im Wege eines Pfandrechts oder Beschlagsrechts oder andern dinglichen Rechts) angesehen werden kann,[13] sondern dass sie in ihrem eigenen Interesse Rechte des Gemeinschuldners ausüben, somit den Gemeinschuldner vertreten würde, eine Construction, welche ohne gleichzeitige Annahme eines (nicht existirenden) dinglichen Rechtes der Gläubigerschaft am Concursvermögen von Niemandem aufgestellt wurde, die sich auch ohne eine solche Annahme nicht halten liesse.

Von einer solchen Vertretung des Gemeinschuldners durch die Gläubigerschaft ist nun auch nirgends die Rede, wo das Gesetz nicht theoretische Sätze aufstellt, sondern Vorschriften giebt.

Nach Aussen hin übt diese Vertretung ausschliesslich der Masseverwalter,[14] nicht die Gläubigerschaft. Seine Handlungen wirken allein. Selbst in den Fällen, in welchen der Masseverwalter nach der Liquidirungstagfahrt gemäss den §§ 147 und 148 C.O. an Beschlüsse des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung gebunden ist, treten nicht diese nach Aussen hin auf; sie geben dem Masseverwalter nicht einmal die erforderliche Bestätigung über den regelmässig erfolgten Beschluss; dieselbe giebt der Concurscommissär (§ 147 C.O.).

---

[13]) Auf Verkennung dieses Satzes beruhen die Schwankungen der Praxis über die Eideslast (Cridatar, Masseverwalter, Gläubigerschaft): Gl.U. No. 4746, 4640, 4821, 7148; Spruch-Rep. No. 149; s. oben § 29 VIII.

[14]) Eventuell sein Stellvertreter oder die nach § 82 C.O. bestellten besonderen Verwalter.

Sieht man die Gläubigerschaft als Vertreterin des Gemeinschuldners hinsichtlich seines Concursvermögens an, so ist nach diesen Vorschriften der Masseverwalter dann ihr nothwendiger Vertreter. Wie der Gemeinschuldner hinsichtlich des Concursvermögens zwar rechts- und handlungsfähig bleibt, aber die Dispositionsbefugniss über dieses Vermögen verliert, so würde die Gläubigerschaft zwar diese Dispositionsbefugniss erhalten, aber die Ausübung dieser Dispositionsbefugniss dem Masseverwalter überlassen müssen. Der Masseverwalter wäre dann zwar nicht unmittelbarer, aber doch mittelbarer Vertreter des Gemeinschuldners.

Selbst diese gekünstelte Construction kann aber nicht aufrecht erhalten werden. Vor Allem sind die der Gläubigerschaft zugeschobenen Functionen rechtlich so geringfügig, dass sie ein sehr unbedeutendes Recht der Vertretung bilden würden. Mit dem Feststellungsverfahren ist sie gar nicht, mit dem Realisirungsverfahren nur insoweit befasst, als hiedurch die dem Masseverwalter kraft Gesetzes zustehenden Befugnisse durch ihr Einschreiten nicht erweitert oder beschränkt werden (§ 144 C.O.); am Befriedigungsverfahren nimmt die Gläubigerschaft als solche gar nicht theil, sondern nur die einzelnen Gläubiger.

Es verbleiben im Wesentlichen als Rechte, welche die C.O. der Gläubigerschaft zuschreibt, das in § 74 C.O. normirte Vorschlags- und Wahlrecht, das im § 144 C.O. normirte Wahlrecht, und die in den §§ 147 und 148 C.O. genannten Befugnisse. Sie lassen sich insgesammt aus dem Interesse der concurrirenden Gläubiger als Einzelrechte derselben, soweit sie in Gläubigerversammlungen oder als in Vertretung der concurrirden Gläubiger (nicht des Gemeinschuldners) ausgeübte Rechte construiren, insoweit sie von Gläubigerausschüssen ausgeübt werden. Die in zwei Stockreihen aufgebaute Construction der C.O. ist zu ihrer Erklärung nicht erforderlich.

VI. Sie ist aber nicht einmal zulässig. Denn ein Concursverfahren kann und muss stattfinden, auch wenn keiner der concurrirenden Gläubiger eines der erwähnten Rechte ausübt oder ausüben kann. Es ist kein gesetzlicher Grund zur Concursaufhebung, dass keine Gläubigerversammlung zu Stande gekommen oder kein Gläubigerausschuss gewählt worden ist. Die C.O. regelt zwar diesen Fall nicht; aber er kommt vor, und es ist sicher, dass das Concursverfahren auch ohne Gläubigerversammlung und ohne

Gläubigerausschuss[15]) stattfinden muss;[16]) deren Functionen gehen auf das Concursgericht, resp. den Concurscommissär über. Nun kann man aber nicht sagen, dass in solchen Fällen das Concursgericht oder der Concurscommissär den Gemeinschuldner vertreten und ihrerseits durch den Masseverwalter vertreten werden. Man kann auch nicht sagen, dass in diesen Fällen der Masseverwalter den Gemeinschuldner unmittelbar vertritt, in den andern nur mittelbar; denn woher nähme er gerade in solchen Fällen diese Befugniss zur unmittelbaren Stellvertretung?

Und da man auch nicht sagen kann, dass die Gläubigerschaft den Gemeinschuldner auch in solchen Concursen vertritt, in welchen es keine Gläubigerversammlung und keinen Gläubigerausausschuss giebt, so bleibt nichts übrig als die gesetzliche Theorie der Vertretung des Gemeinschuldners durch die Gläubigerschaft als irrig zu bezeichnen.

Wie die einzige Stelle des Gesetzes, in welcher die irrige Theorie praktischen Ausdruck gefunden hat (§ 160 al. 3 C.O.), durch einschränkende Auslegung mit der den sonstigen Gesetzesbestimmungen zu Grunde liegenden richtigen Auffassung zu vereinigen ist, wurde im § 29 VIII auseinandergesetzt.

VII. Es giebt keine Gläubigerschaft als rechtlich verbundene Einheit der Gläubiger (s. IV.); diese Gläubigerschaft vertritt den Gemeinschuldner nicht, u. z. sowohl weil sie keine rechtliche Einheit ist, als auch weil die ihr zugeschriebenen Organe (der Gläubigerversammlung und des Gläubigerausschusses) im Concurse nicht nothwendig sind.

Die Consequenz dieser Anschauung ist, dass der Masseverwalter den Gemeinschuldner unmittelbar vertritt.

VIII. Andererseits muss festgehalten werden: wenn es auch keine Gläubigerschaft giebt, so giebt es doch Interessen der Gläubiger, u. z. sowohl der Concursgläubiger als der concurrirenden Gläubiger.

Diese Interessen sind zum Theile Einzelinteressen, die mit denen anderer Gläubiger sogar collidiren können; zu ihrer Wahrung

---

[15]) Kissling S. 150 nimmt ganz willkürlich an, dass der Gläubigerausschuss vom Concursgerichte zu ernennen ist, wenn keine Wahl zu Stande kommt; richtig Kaserer S. 147.

[16]) Gl.U. No. 10566; Sommer in G.H. 1877 No. 50; vgl. auch Oliva a.a.O. No. 37 f.; Thorsch a.a.O. 1877 No. 47.

gewährt die C.O. Rechte, z. B. das der Anmeldung, der Bestreitung, der Erinnerung.

Daneben giebt es das gemeinsame Interesse, dass das ganze Concursvermögen vertheilt werde und dass diese Vertheilung gleichmässig geschehe, so dass keiner weniger bekomme als der Nebenmann (die sog. Verlustgemeinschaft). Zur Wahrung dieser gemeinsamen Interessen sind gleichfalls Rechte statuirt, z. B. das Stimmrecht in den Gläubigerversammlungen, die Rechte des Gläubigerausschusses.

§ 48. Rechte im Interesse der Einzelnen.[1])

I. Die Statuirung dieser Rechte kann nicht für jenen Zeitpunkt des Concursverfahrens erfolgen, in welchem eine Prüfung der Gläubigerqualität noch nicht erfolgt ist, denn wenn es auch vor diesem Zeitpunkte concurrirende Gläubiger giebt, so ist es doch nur eine Präsumtion, dass diese auch Concursgläubiger seien. Die Rechte, welche concurrirenden Gläubigern eingeräumt werden, bevor die Liquidirungstagfahrt stattgefunden hat, sind daher insgesammt Rechte im Interesse Aller.

Mit der Abhaltung der allgemeinen Liquidirungstagfahrt ändert sich dies; eine Prüfung der Qualität der Anmeldenden als Concursgläubiger hat stattgefunden, und principiell kann es jetzt im Concursverfahren Rechte der concurrirenden Gläubiger im Interesse der Einzelnen geben.

Bei Normirung dieser Rechte wird eine Fehlerquelle bei Bestimmung der Qualität der concurrirenden als Concursgläubiger vollständig vernachlässigt, die Fehlerquelle nämlich, dass (verschuldet oder unverschuldet) Forderungen anerkannt werden und unbestritten bleiben, die nicht zu Recht bestehen. Die C.O. überträgt hiebei mit Recht auf die Ergebnisse des Liquidirungsverfahren den Satz: res iudicata pro veritate accipitur; denn jede andere Ordnung der Dinge würde das Uebel vergrössern, das Bedürfniss der Rechtssicherheit hinter jenem der Richtigkeit des Anerkenntnisses mit Unrecht allzusehr zurücksetzen. Solche concurrirende Gläubiger haben darum alle Rechte der Concursgläubiger (Vgl. § 45).

[1]) Schwarz S. 77 ff.; vgl. auch Kohler, Lehrb. S. 388 ff.; Oetker, Concursrechtl. Grundbegr. I S. 397 ff.

Eine andere, von den Redactoren erkannte Fehlerquelle wird dagegen von der C.O. mit Recht berücksichtigt. Die logische Consequenz würde erfordern, dass die Ausübung von Rechten, welche nur die Interessen einzelner Concursgläubiger wahren sollen, auch nur jenen concurrirenden Gläubigern offenstehe, welche qua Concursgläubiger behandelt werden, d. i. deren Forderungen anerkannt und nicht bestritten sind. Concurrirende Gläubiger, deren Forderungen bestritten sind, sollten consequenter Weise keines dieser Rechte ausüben, insolange sie nicht ein rechtskräftiges Urtheil erlangt haben, welches ihre Forderung feststellt. Diese Consequenz hat die C.O. nicht gezogen, vielmehr auch den letztgenannten Personen die Ausübung eines Theiles dieser Rechte gestattet. Sie geht hiebei von dem richtigen Gedanken aus, dass eine Bestreitung viel häufiger ungerechtfertigt ist als eine Anerkennung, u. z. sowohl deshalb, weil jene auch anderen Gläubigern offen steht, deren Interesse die Verdrängung von Concurrenten verlangt, als auch deshalb, weil selbst der Masseverwalter im Zweifel eine Forderung nicht anerkennt, sondern pflichtgemäss bestreitet.

Es zerfallen demgemäss die hier zu betrachtenden Rechte a) in solche, welche von der allgemeinen Liquidirungstagfahrt an allen concurrirenden Gläubigern zustehen, b) in solche, welche nur jenen zustehen, deren Forderungen festgestellt sind.[2])

II. a) Auf Grund der Anmeldung stehen zu:

1. die Beschwerde gegen Verfügungen des Concurscommissärs an das Concursgericht (§ 70 C.O.), und der Recurs gegen Entscheidungen des Concursgerichts an das höhere Gericht,[3]) insoferne nicht für den einzelnen Fall Rechtsmittel ausgeschlossen sind (§§ 161, 173, 176 z. B.);

2. der Anspruch auf Aufnahme in den Vertheilungsentwurf und auf Sicherstellung des Antheiles, wenn die angemeldete Forderung oder ihre Rangordnung bestritten ist (§§ 157, 175, 184, 223 C.O.);

---

[2]) Der Concursanspruch scheidet hier ganz aus; der Concurstheilnahmeanspruch (Anmeldung z. B.) ist Voraussetzung für die Zugehörigkeit zu den concurrirenden Gläubigern, nicht ein Recht derselben; abweichend zum Theil Oetker, Concursrechtl. Grundbegr. I S. 397 ff.

[3]) § 257 C.O. sagt: „an den höheren Richter".

3. die Erinnerung gegen den Vertheilungsentwurf,[4]) u. z. sowohl deshalb, weil der Erinnernde nicht oder nicht gehörig im Entwurf berücksichtigt ist, als auch weil andere zu Unrecht oder nicht gehörig in demselben berücksichtigt sind;

4. die Bestreitung angemeldeter Forderungen und ihrer Rangordnung bei den Liquidirungstagfahrten, jedoch nur dann, wenn die Forderung des Anmeldenden im Schuldenverzeichniss erscheint (§ 119 C.O.);

5. die Erweiterung der Anmeldung, insoweit sie nach § 116 C.O.. zulässig ist, ihre Rückziehung, sowie der ausdrückliche Verzicht auf die Theilnahme am Concursverfahren, und die ausdrückliehe Einwilligung in die Aufhebung derselben (§ 155 C.O.).

b) Auf Grund der Feststellung einer Anmeldungspost, sei es bei der Liquidirungstagfahrt, sei es im Liquidirungs- (oder fortgesetzten) Processe, stehen zu;

1. die Bestreitung angemeldeter Forderungen und ihrer Rangordnung bei den Liquidirungstagfahrten[5]) (§ 119 C.O.);

2. die Betheiligung bei den Vertheilungen von Concursvermögen (§ 179 C.O.);

3. die Betheiligung bei den Vertheilungen von solchem Concursvermögen, welches erst nach der Beendigung des Concurses hervorkommt (§ 190 C.O.).

§ 49. Rechte im Interesse Aller.

I. Das Interesse aller (Concurs- und concurrirenden) Gläubiger führte zum Gedanken der Gläubiger-Autonomie, d. i. zur Statuirung von Rechten behufs Theilnahme an dem Gange des Concursverfahrens und an der Verwaltung und Verwerthung des Concursvermögens. Diese Rechte sind eigene, nicht abgeleitete; in ihrer Ausübung sind die Berechtigten nicht Rechtsnachfolger und nicht Vertreter des Gemeinschuldners, so wenig wie bei Ausübung der im § 48 genannten Rechte.

Zur Ausübung berechtigt sollten nach logischer Consequenz

---

[4]) Frankl, Welche Rechtsmittel hat der Concursgläubiger gegen den Vertheilungsentwurf? (Jur. Viertelj. 1889 S. 131 f.).

[5]) Gl.U. No. 11624 erklärt, der einzelne bestreitende Gläubiger trete an die Stelle der Gläubigerschaft.



nur Concursgläubiger sein; denn nur diese haben berechtigte Interessen im Concursverfahren zu wahren. Aber diese logische Consequenz würde zur Aufhebung der Gläubiger-Autonomie führen. Selbst wenn man nämlich die im § 48 I erwähnte erste Fehlerquelle auch hier vernachlässigt, könnte man zur Ausübung der darzustellenden Rechte nur solche concurrirende Gläubiger zulassen. deren Forderungen im Concurse festgestellt sind. Vor der Möglichkeit einer solchen Feststellung, d. i. vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt gäbe es dann gar keine Gläubiger-Autonomie, und auch nach dieser Tagfahrt wären alle jene concurrirenden Gläubiger ausgeschlossen, deren Forderungen bestritten sind. Mit diesen Beschränkungen würde die Autonomie allen Anreiz und auch allen Werth verlieren.

Die logische Consequenz ist andererseits auch nicht erforderlich. Denn es handelt sich ja nicht um Rechte im Interesse der Einzelnen, die zu argem Missbrauche verlocken. Darum gewährt die C.O. eine beschränkte Gläubiger-Autonomie schon von der sog. Wahltagfahrt an, und beruft zu deren Ausübung die präsumptiven Concursgläubiger; und aus demselben Grunde gewährt sie dieselbe im vollen Umfange von der allgemeinen Liquidirungstagfahrt an den concurrirenden Gläubigern.

II. Die Ausübung der fraglichen Rechte erfolgt 1) entweder durch schriftlichen oder protokollarischen Antrag, oder 2) in der Gläubigerversammlung, oder 3) im Gläubigerausschusse, u. z. derart, dass die wichtigeren Rechte jener, die weniger wichtigen diesem zugewiesen sind. Fehlt der Gläubigerausschuss, so gehen seine Functionen vor der Liquidirungstagfahrt an den Concurscommissär, nach derselben an die Gläubigerversammlung, eventuell an den Concurscommissär über (s. § 26 V). Kommt eine Gläubigerversammlung nicht zu Stande, so gehen die im § 148 C.O. genannten Rechte an das Concursgericht über, die andern entfallen (s. § 25 V).

III. ad 1) *a*) Der (nach der Höhe der angemeldeten Forderungen zu berechnende) vierte Theil der concurrirenden Gläubiger, deren Forderungen angemeldet und geprüft sind (gleichviel mit welchem Resultate), ist jederzeit berechtigt, beim Concurscommissär den Antrag auf Einberufung einer Gläubigerversammlung zu stellen, um an die Stelle des Masseverwalters, seines Stellvertreters, der besonderen Verwalter oder der Gläubigerausschüsse andere Personen zu wählen (§ 143 C.O.), oder um an und für sich dem Gläu-

bigerausschusse zugewiesene Gegenstände der Beschlussfassung der Gläubigerversammlung zu unterziehen (§ 144 C.O.).

Zu andern Zwecken als den jetzt genannten kann dieser Antrag nicht gestellt, die Einberufung einer Gläubigerversammlung von den Gläubigern nicht erwirkt werden.

β) Jeder concurrirende Gläubiger kann den Antrag stellen, dass der Gemeinschuldner den im § 97 C.O. normirten Offenbarungseid leiste (s. § 30 II c); ist der Eid abgelegt, so ist das Recht für alle Gläubiger erloschen.

IV. ad 2) Die Gläubigerversammlung[1]) würde nach logischer Consequenz das richtige Organ zur Ausübung der Gläubigerautonomie, der im Interesse Aller gewährten Rechte sein. Allein sie ist in praxi ein allzu unhandliches Organ, als dass ihre regelmässige und ununterbrochene Theilnahme erwartet werden könnte. Darum beschränkt sie die C.O. auf wichtige Fälle. Die Gläubigerversammlung wird vom Concursgericht im Falle des § 74 C.O. (sog. Wahltagfahrt), ferner in eventu im Falle des § 68 C.O. (Vergleichstagfahrt), nämlich dann, wenn die Ausschreibung derselben im Concursedict erfolgt, einberufen, in den andern Fällen durch den Concurscommissär. Vorhergesehen sind in der C.O. die Gläubigerversammlung des § 74, ferner die zum Zwecke des Abschlusses eines Vergleiches (§§ 68, 156 C.O.), die mit der allgemeinen Liquidirungstagfahrt verbundene Gläubigerversammlung (§ 143), und jene im Zwangsausgleichsverfahren (§§ 210, 214, 218 C.O.). Ferner sind Gläubigerversammlungen einzuberufen, wenn neuerlich das Vorschlagsrecht des § 74 C.O. auszuüben, oder zu Folge der Erledigung eines Postens eine neue Wahl vorzunehmen, auf Antrag des Masseverwalters ein Beschluss nach §§ 146, 148 oder 161 C.O. zu fassen ist, oder endlich auf Grund des sub III dargestellten Antrages des 4. Theiles der concurrirenden Gläubiger.

Ueberdies können Gläubigerversammlungen auch als Ersatz des (im einzelnen Concurse) nicht vorhandenen Gläubigerausschusses einberufen werden.

Vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt sind stimmberechtigt alle Personen, welche erscheinen und ihre Ansprüche als Con-

---

[1]) Schwarz S. 211 ff. Von den Gläubigerversammlungen sind die Versammlungen der Gläubiger zur Ausübung der im § 48 genannten Rechte zu unterscheiden; zu den letzteren gehören die Liquidirungstagfahrten. Doch können beide bei derselben Tagfahrt stattfinden.

cursgläubiger glaubwürdig bescheinigen; von dieser Tagfahrt an grundsätzlich alle Personen, deren Forderungs-Anmeldungen schon in der Anmeldungstabelle enthalten und zur Prüfung verstellt sind;[2]) bei den Gläubigerversammlungen im Zwangsausgleichsverfahren jedoch nur jene, deren Forderungen festgestellt sind, oder die ein Urtheil erster Instanz für sich haben, oder denen das Stimmrecht durch Entscheidung des Concursgerichts zugesprochen wird (§ 209 C.O.), oder die nicht als Realgläubiger durch den Schätzwerth des Pfandes gedeckt sind (§ 213 C.O.).

Eine Gläubigerversammlung mit eingeschränktem Betheiligungsrecht ist im § 146 C.O. (Realisirung von Forderungen und Bezugsrechten) normirt; ihr dürfen nur jene concurrirenden Gläubiger beiwohnen, welche noch nicht durch Zahlung oder Sicherstellung vollständig entfertigt sind. Eine zweite Gläubigerversammlung dieser Art findet im Zwangsausgleichsverfahren statt, indem nach § 209 C.O. jene concurrirenden Gläubiger (trotz Vorhandenseins aller sonstigen Erfordernisse des Stimmrechtes) nicht mitstimmen dürfen, deren Ansprüche zur vollen Befriedigung gelangen; s. auch unten.

V. Die Einberufung der Gläubigerversammlungen geschieht durch Edict; überdies werden alle stimmberechtigten concurrirenden Gläubiger vorgeladen (§§ 144, 214 C.O.), doch ist diese Vorladung nur instructionell vorgeschrieben.

VI. Die Abhaltung der Gläubigerversammlung ist bedingt durch ihre gehörige Einberufung[3]) und das Erscheinen eines stimmberechtigten Gläubigers. Den Vorsitz führt der Concurscommissär. Die Abstimmung ist mündlich; die Beschlüsse werden regelmässig mit absoluter[4]) Stimmenmehrheit gefasst, die zu berechnen ist nach dem Betrage der Forderungen, deren Subjecte bei der Tagfahrt erschienen sind. Ueber die Tagfahrt ist vom Gerichte ein Protokoll aufzunehmen. Gegen die Beschlüsse der Gläubigerversammlungen sind Rechtsmittel nicht zulässig,[5]) mit Ausnahme des Beschlusses über die Bestimmung der Kosten der

[2]) Unrichtig Gl.U. No. 8105.

[3]) Andernfalls darf die Gläubigerversammlung nicht abgehalten werden; Kohler, Lehrb. S. 425.

[4]) Schwarz S. 216 begnügt sich ohne ersichtlichen Grund mit relativer Majorität im Fall des § 74 C.O.

[5]) Gl.U. No. 4794; 10704; 11103; Benedikt, Zur Reform der C.O. S. 18; R. Pollak in Jur.Bl. 1895 S. 613 ff.; diese gesetzliche Regelung ist gefährlich. Anfechtbar sind formell incorrecte Beschlüsse.

Verwalter; gegen diesen Beschluss giebt es die Beschwerde an das Concursgericht, welches in letzter Instanz entscheidet (§ 151 C.O.). Ebensowenig dürfen diese Beschlüsse vom Concurscommissär oder Concursgericht nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt sistirt werden,[6]) u. z. nach der allgemeinen Vorschrift des § 144 C.O. selbst dann nicht, wenn sie für die Concursmasse offenbar schädlich sind; der Vertreter des Gemeinschuldners (der Masseverwalter) ist verpflichtet, diese Beschlüsse auszuführen.

Von den Sätzen über die Abstimmung gelten Ausnahmen:

a) im Vergleichsverfahren. Alle concurrirenden anmeldenden Gläubiger müssen dem Vergleich zustimmen, sonst ist er abgelehnt (§ 157 C.O.); nur wenn die nicht zustimmenden Gläubiger voll bezahlt oder, wenn ihre Ansprüche bestritten sind, für dieselben sichergestellt werden, kann trotz ihrer mangelnden oder verweigerten Zustimmung der Vergleich gerichtlich bestätigt werden;

b) im Zwangsausgleichsverfahren. Der Masseverwalter muss erscheinen bei der zur Beschlussfassung über den Ausgleichsantrag bestimmten Tagfahrt (§§ 214, 218 C.O.), ebenso auch der Gemeinschuldner. Bei dieser letztgenannten Tagfahrt müssen so viele concurrirende Gläubiger anwesend sein, dass ihre Forderungen drei Viertheile des Gesammtbetrages der stimmberechtigten Forderungen ausmachen (§ 217 C.O.); andernfalls darf der Ausgleichsantrag nicht zur Beschlussfassung verstellt werden.[7]) Zur Annahme[8]) des Ausgleichsantrages bei dieser Tagfahrt bedarf es einer doppelt qualificirten Majorität der concurrirenden Gläubiger: zwei Dritttheile der anwesenden Personen, die drei Viertheile der stimmberechtigten Forderungen repräsentiren, müssen — bei der ersten (§ 217) oder zweiten (§ 218 C.O.) Tagfahrt — für den Antrag stimmen, sonst ist er verworfen.[9]) S. § 42 XVIII, 2.

VII. Gegenstand der Gläubigerversammlungen ist:

a) Der Vorschlag für die Ernennung des Masseverwalters und seines Stellvertreters, sowie besonderer Verwalter vor der allge-

---

[6]) Schwarz S. 217; Gl.U. No. 9344; vgl. auch No. 9330.

[7]) Der dem dem § 187 der preuss. C.O. v. 8. Mai 1855 nachgebildete § 218 C.O. ist nicht deutlich textirt.

[8]) Damit ist der Zwangsausgleich noch nicht perfect. Ueber die Stimmberechtigung s. auch v. Helm in Jur.Bl. 1882 No. 46 f.

[9]) Gegen den Beschluss dieser Gläubigerversammlung giebt es kein Rechtsmittel; dasselbe richtet sich gegen die Entscheidung des Concursgerichts (§§ 229 ff. C.O.).

meinen Liquidirungstagfahrt (§ 74 C.O.), ferner die Wahl dieser Functionäre nach dieser Tagfahrt (§ 143 C. O.).

b) Die Wahl des Gläubigerausschusses (§§ 74, 143 C.O.).

c) Von der allgemeinen Liquidirungstagfahrt an überdies die Vorschreibung von Verwaltungsnormen für den Masseverwalter (§ 144 C.O.).

d) Die Zustimmung 1) zur Veräusserung von unbeweglichen Gütern, Gerechtsamen oder Seeschiffen, mit theilweiser oder gänzlicher Umgehung des im Executionsverfahren vorgeschriebenen Vorganges,[10] 2) zur Anerkennung diesbezüglicher Rückforderungsansprüche, 3) zur Abtretung von industriellen oder Handelsunternehmungen, die einen Bestandtheil des Concursvermögens bilden, oder an denen der Gemeinschuldner[11] betheiligt ist, wenn diese Abtretung unter solchen Vereinbarungen erfolgen soll, dass die Haftung oder der Umfang des Concursvermögens hiedurch wesentlich alterirt wird (§ 148 C.O.).

e) Die Beschlussfassung über die Art der Realisirung von schwer einbringlichen Forderungen oder von wiederkehrenden Bezugsrechten[12] (§ 146 C.O.).

f) Die Feststellung der Kostenansprüche der Verwalter (§ 161 C.O.); gegen diesen Beschluss haben die Verwalter — nur diese — die Beschwerde an das Concursgericht.[13]

g) Die Beschlussfassungen im Zwangsausgleichsverfahren (§ 214 ff. C.O.) und im Vergleichsverfahren (§ 156 C.O.).

h) Die Beschlussfassung über die vom Gesetze dem Gläubigerausschusse zugewiesenen Angelegenheiten, 1) wenn kein Gläubigerausschuss besteht (s. § 26 V), 2) wenn der vierte Theil der concurrirenden Gläubiger die Einberufung der Gläubigerversammlung zu diesem Zwecke verlangt (§ 144 C.O.).[14]

i) In Concurrenz mit dem Gläubigerausschusse die Beschlussfassung über die Verhaftung des Gemeinschuldners (§ 100 C.O.).

---

[10]) Vgl. aber Gl.U. No. 6218.

[11]) Nicht bloss Gemeinschuldner, welche physische Personen sind, sind gemeint. Vgl. vorläufig für diesen Fall des § 148 C.O. noch Art. 22 H.G.

[12]) Gl.U. No. 9344; unrichtig Gl.U. No. 10104.

[13]) Schwarz S. 199.

[14]) „Zur Autonomie der Gläubiger im Concursverfahren" (in Jur.Bl. 1874 S.246 f.).

VIII. ad 3) Der Gläubigerausschuss[15]) ist das regelmässige Organ zur Geltendmachung der Gläubigerautonomie. Er wird von den jeweils concurrirenden Gläubigern bei Gläubigerversammlungen im Wege mündlicher Abstimmung mit absoluter Majorität gewählt. Die erste Wahl erfolgt bei der im § 74 C.O. normirten sog. Wahltagfahrt; sie unterliegt zwar nicht der Bestätigung des Concursgerichts, doch hat der Concurscommissär die Ausfertigung des Bestellungsdecretes zu sistiren und die Entscheidung des Concursgerichtes einzuholen, wenn er gegen die Wahl erhebliche Bedenken (z. B. bezüglich der gesetzlichen oder moralischen Qualification der Gewählten) hat (§ 74 C.O.). Bis zur allgemeinen Liquidirungstagfahrt finden Ersatzwahlen in gleicher Weise statt.

Bei der allgemeinen Liquidirungstagfahrt können die concurrirenden Gläubiger zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses die ihnen beliebigen concurrirenden Gläubiger[16]) wählen; der Concurscommissär darf von da an die Ausfertigung des Bestellungsdecretes nur wegen Mangels der gesetzlichen Qualification sistiren und die Entscheidung des Concursgerichtes einholen (§ 143 C.O.).

Actives Wahlrecht hat jeder concurrirende Gläubiger (s. § 45 III, V). Das Wahlrecht muss nicht persönlich, kann aber nur bei der Gläubigerversammlung ausgeübt werden. Passives Wahlrecht haben vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt nur solche eigenberechtigte Personen, welche nach Vorschrift des § 74 C.O. concurriren oder im Gläubigerverzeichniss des § 96 C.O. erscheinen,[17]) ferner am Sitze des Concurscommissärs ihren Wohnsitz oder Aufenthaltsort haben oder während des Concursverfahrens nehmen; sie dürfen mit dem Gemeinschuldner weder durch das Band der Ehe noch der Verwandtschaft oder Schwägerschaft bis zum vierten Grad[18]) verbunden sein (§ 84 C.O.). Nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt haben alle ge-

[15]) Schwarz S. 203 ff.; Kaserer S. 146, 153 ff., 200 ff.; Artikel „Gläubigerausschuss", im Rechtslex. II S. 811 ff.; ung. C.O. § 96 ff.

[16]) § 143 C.O. sagt allzu allgemein „Personen"; richtig Gl. U. No. 5686.

[17]) Welche Personen passiv wählbar sind, ist aus der schlechten Textirung des § 84 C.O. nicht zu ersehen; die im Text vertretene Meinung ist ein Analogieschluss aus § 115 C.O.

[18]) Ueber die Zählung s. § 41 a.b.G.B.



hörig[19]) concurrirenden Gläubiger das passive Wahlrecht, welche am Sitze des Concurscommissärs ihren Wohnsitz oder Aufenthaltsort haben oder während der Concursverfahrens nehmen (§ 143 C.O.). Die Voraussetzungen des passiven Wahlrechts wechseln demnach. Der Masseverwalter, sein Stellvertreter und die besonderen Verwalter können nicht Mitglieder des Gläubigerausschusses sein.

Der Gläubigerausschuss ist nach Ermessen der wählenden Personen aus drei bis fünf Mitgliedern, nach Erforderniss auch einer entsprechenden Zahl von Ersatzmännern (§ 84 C.O.) zusammengesetzt. Das Amt ist ein höchstpersönliches, kann darum nicht durch einen Vertreter ausgeübt werden;[20]) andererseits besteht im allgemeinen Interesse eine Pflicht zu seiner Uebernahme, der man sich nur aus erheblichen Gründen, z. B. wegen hohen Alters entziehen kann.[21])

Den Gewählten fertigt der Concurscommissär Bestellungsdecrete aus, wenn er nicht vorher die Entscheidung des Concursgerichtes anruft.

Das Amt des einzelnen Mitgliedes endigt durch Tod, gerechtfertigte Rücklegung, Abberufung durch die Gläubigerversammlung (s. oben sub III ad 1), Abberufung wegen Wegfalles der Qualificationen zur Wahl.[22]) Das Amt des Gläubigerausschusses endigt mit dem Concursverfahren.

IX. Der Gläubigerausschuss tritt auf jedesmalige Aufforderung des Masseverwalters (§ 140 C.O.), des Concurscommissärs oder des Concursgerichtes (§ 85 C.O.) zur Berathung und Beschlussfassung, sowie zur Abgabe von Aeusserungen über die ihm vorgelegten Fragen zusammen. Die Einladung zum Erscheinen muss an alle Mitglieder persönlich gerichtet werden,[23]) insoferne nicht unüberwindliche Hindernisse vorliegen (§ 140 C.O.).

Der Gläubigerausschuss ist auch berechtigt, sich selbständig

---

[19]) D. h. durch Anmeldung. Vgl. Kaserer, Können zu Mitgliedern des definitiven Gläubigerausschusses nur Concursgläubiger gewählt werden? (Ger.Ztg. 1870 S. 137 ff.) Cridatare sind nach § 1 C.O. ausgeschlossen.

[20]) Gl.U. No. 8044, 11992; Kissling S. 164.

[21]) Auch die Finanzprocuratur muss das Amt annehmen; das Hfd. v. 27. October 1798 J.G.S. No. 438 ist durch Art. I des Einf.Ges. zur C.O. aufgehoben; a. M. Kissling S. 164; Gl.U. No. 5751.

[22]) Die Abberufung erfolgt von Amtswegen; a. M. Schwarz S. 210.

[23]) Edictalladung genügt nicht.



zu versammeln, um die ihm zugewiesene Controle auszuüben (§ 85 C.O.).

Er ist nur dann beschlussfähig, wenn er gehörig einberufen und wenn die Majorität seiner Mitglieder, resp. der Ersatzmänner erschienen ist. Die Beschlüsse fasst er mit einfacher absoluter Majorität der Erschienenen ohne Rücksicht auf die Höhe der Forderungen, welche sie stellen: ein Mann, eine Stimme. Der Masseverwalter und der Concurscommissär dürfen den Sitzungen beiwohnen; der Concurscommissär stimmt aber nie, der Masseverwalter nur bei gleichgetheilten Stimmen (§ 140 C.O.) und den nach § 147 C.O. nur mit seiner Zustimmung zu fassenden Beschlüssen mit.

Die Mitglieder haben auf Ersatz ihrer Auslagen, aber nicht auf ein Honorar Anspruch (§ 85 C.O.).

Diese Geschäftsordnung kann durch Verwaltungsnormen ergänzt werden, welche von der allgemeinen Liquidirungstagfahrt an die Gläubigerversammlung giebt (§ 144 C.O.).

Die Ausführung der gesetzmässigen Beschlüsse obliegt dem Masseverwalter (§ 141 C.O.), der nach § 147 C.O. gefassten Beschlüsse aber nur dann, wenn er zugestimmt hat. Ein Rechtsmittel gegen die innerhalb des gesetzlichen Rahmens gefassten Beschlüsse des Gläubigerausschusses steht weder ihm noch sonst Jemandem zu; innerhalb dieser Grenze gefasste Beschlüsse darf auch weder der Concurscommissär noch das Concursgericht sistiren.

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses unterstehen zwar nicht mehr denn alle anderen Personen der Zwangsgewalt des Gerichtes und des Concurscommissärs;[24] wohl aber kann die Erfüllung ihrer Pflichten nach den Vorschriften des Verfahrens ausser Streitsachen[25] erzwungen werden. Für ihre Handlungen und Unterlassungen sind sie allen Dritten (auch den concurrirenden Gläubigern) nach allgemeinen Grundsätzen verantwortlich.

X. Der Gläubigerausschuss übt eigene Rechte und Pflichten aus, nicht abgeleitete,[26] sowie ein Abgeordneter eigene Rechte ausübt. Die C.O. trifft aber Vorsorge dafür, dass diese Rechte

---

[24]) Schwarz S. 210 will § 192 Ger.Instr. anwenden; G., Weigerung der Ausschüsse, die Rechnung des Masseverwalters zu fertigen (G.H. 1883 No. 42), lehnt jedes Zwangsmittel ab.

[25]) § 19 des kais. Pat. v. 9. August 1854 R.G.B. No. 208; Schuster, Comm. zum Ges. über d. Verf. ausser Streitsachen S. 48 ff.

[26]) Er ist kein Bevollmächtigter der „Gläubigerschaft"; a. M. Schwarz S. 211.

des Gläubigerausschusses nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt auf die Gläubigerversammlung dann von Fall zu Fall übergehen, wenn der nach der Höhe der Forderungen zu berechnende vierte Theil der concurrirenden Gläubiger dies verlangt (s. III). Fehlt der Gläubigerausschuss, so hat die Gläubigerversammlung, resp. vor und in eventu auch nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt der Concurscommissär seine Rechte und Pflichten.

XI. Gegenstand der Thätigkeit des Gläubigerausschusses ist a) die Controle des Masseverwalters, b) die Theilnahme an der Feststellung und c) an der Verwaltung und Realisirung des Concursvermögens.

ad a) zur Ausübung der Controle des Masseverwalters — nicht auch des Concursgerichtes[27]) — kann der Gläubigerausschuss sich selbstthätig versammeln, jederzeit vom Masseverwalter Auskunft über die Geschäftsleitung verlangen,[28]) die Bücher einsehen, die Belege und Rechnungen, insbesondere im kaufmännischen Concurse die Bilanzen, prüfen und etwa entdeckte Unregelmässigkeiten dem Coucurscommissär anzeigen (§ 85 C.O.), eventuell die Enthebung des Masseverwalters beim Concursgerichte beantragen (§ 80 C.O.). Andererseits hat er ebenso wie ein ungünstiges so auch ein günstiges Resultat seiner Controle zu beurkunden, zu diesem Zwecke z. B. die ihm vorgelegten Verwaltungsrechnungen als richtig zu unterfertigen (s. Anm. 24.).

Die Ausübung dieser Controle ist Recht und Pflicht des Gläubigerausschusses. Durch ihre Unterlassung macht er sich Dritten gegenüber,[29]) die hiedurch zu Schaden kommen, nach allgemeinen Grundsätzen verantwortlich.

ad b) Die Theilnahme an der Feststellung des Activ- und Passivvermögens ist unbeträchtlich. Der Gläubigerausschuss hat kein Recht, sondern nur eine Pflicht hiezu. Er hat dem Masseverwalter bei den Liquidirungen an die Hand zu gehen, ohne dass derselbe an die Beschlüsse des Gläubigerausschusses gebunden wäre. Dagegen kann der Gläubigerausschuss die Verhaftung des Gemeinschuldners beantragen (§ 100 C.O.), und über die Art der Schätzung von Immobilien bindende Beschlüsse fassen (§ 93 C.O.). Im kauf-

---

[27]) Gl.U. No. 13610; der Gläubigerausschuss hat kein Recursrecht gegen Beschlüsse des Concursgerichts.

[28]) Nowak III No. 252; Gl.U. No. 6460.

[29]) Auch dem Gemeinschuldner gegenüber.



männischen Concurse hat er nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt die vervollständigte Bilanz des Gemeinschuldners zu prüfen (§ 206 C.O.).

Bei den Vertheilungen spielt der Gläubigerausschuss eine grössere Rolle. Mit seiner Zustimmung kann die Vertheilung ohne förmlichen Vertheilungsentwurf stattfinden (§ 172 C.O.), ohne seine Zustimmung nicht. Wird ein förmlicher Vertheilungsentwurf verfasst, so ist derselbe wie vom Masseverwalter so vom Gläubigerausschusse zu unterzeichnen (§ 176 C.O.); Streitigkeiten zwischen dem Masseverwalter und dem Gläubigerausschusse in dieser Frage sind nach den Regeln des Verfahrens ausser Streitsachen durch den Concurscommissär, eventuell durch Anwendung des § 19 des kais. Pat. vom 9. August 1854 R.G.B. No. 208 wider den Einen oder Andern zu beheben.[30]) Der Gläubigerausschuss hat auch beim Concurscommissär den Antrag zu stellen, dass dem Masseverwalter (und den andern Verwaltern) Vorschüsse und Abschlagszahlungen bewilligt werden (§ 161 P.O.).

ad c) Am ausgedehntesten ist die Theilnahme des Gläubigerausschusses an der Verwaltung und Realisirung des Concursvermögens. Da ist er im Sinne des Gesetzgebers das wichtigste Organ, jenes, welches die Gläubigerautonomie am stärksten repräsentirt. Im stricten Gegensatze zum früheren Concursrechte sollte die Verwaltung und Realisirung des Concursvermögens grundsätzlich nur unter Intervention des Gläubigerausschusses stattfinden. Da aber vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt dieser Ausschuss nur aus präsumptiven Gläubigern besteht, denen so eingreifende Befugnisse nicht zugestanden werden sollten, schreibt § 142 C.O. vor, dass vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt „sich die Verwaltung in der Regel auf die Ermittlung, Sicherstellung und vorläufige Benutzung der Masse zu beschränken habe.“ Die erheblichen Ausnahmen regeln die §§ 82, 142 und 147 C.O.; s. unten § 61.

Mit diesen wesentlichen Einschränkungen findet auch vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt eine Verwaltung und Realisirung des Concursvermögens statt. Vor jeder wichtigeren Verwaltungs- und Realisirungshandlung ist der Gläubigerausschuss zu hören, sein Beschluss einzuholen (§ 140 C.O.), und der etwa gefasste Beschluss ist vom Masseverwalter auszuführen. Welche Verwaltungsverhandlungen als wichtig anzusehen seien, ist quaestio

---

[30]) Die C.O. enthält keine ausdrückliche Bestimmung.



facti, die der Masseverwalter, eventuell in Ausübung seines Aufsichtsrechtes der Concurscommissär entscheidet; die im § 147 C.O. genannten sind jedoch als allzu wichtig der Entscheidung des Concurscommissärs vorbehalten, die im § 148 C.O. genannten dem Gläubigerausschusse immer entzogen.

Nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt hat der Gläubigerausschuss dieselben Functionen; die Frage der Wichtigkeit der Verwaltungshandlungen kann hier speciell und generell von der Gläubigerversammlung normirt werden (§ 144 C.O.); die Ausnahme des § 148 C.O. hat auch in diesem Zeitraume statt. Ex lege sind der Beschlussfassung des Gläubigerausschusses vorbehalten:

1. die Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners,[31]) u. z. sowohl wenn der Anfechtungsanspruch mit Klage, als auch wenn er mit Einrede geltend gemacht wird,

2. die Aufhebung von Rechtsgeschäften desselben oder die Erklärung des Eintritts in zweiseitige, beiderseits noch nicht völlig erfüllte Verträge (s. § 40, VIII),

3. der Abschluss von Vergleichen, bei welchen der zu vergleichende Anspruch mehr als 200 fl. ö. W. werth ist,

4. die Anerkennung von Rückforderungsansprüchen (s. S. 245),

5. die im § 165 C.O. vorgesehene Einlösung von Pfändern für das Concursvermögen,

6. die Veräusserung von Mobilien des Concursvermögens[32]) in einer anderen als der im Executionsverfahren vorgeschriebenen Weise,

7. die Aufhebung von Pachtverträgen über Immobilien, Gerechtsame und Seeschiffe,

8. die Veräusserung der sub 7 genannten Gegenstände durch das Gericht[33]) nach den Vorschriften des Executionsverfahrens,

9. die Feststellung, für welchen Theil der im Concurse angemeldeten Forderung ein Realgläubiger im Zwangsausgleichsverfahren stimmen darf (§ 213 C.O.); s. § 53 IV.

---

[31]) Menzel, Anfechtungsr. S. 286; Steinbach S. 94; Krasnopolski S. 69; Gl.U. No. 10667, 10824; a. M. Gl.U. No. 12405, wo der § 147 C.O. durch die §§ 1, 16, 40 A.G. mit Unrecht als abgeändert angesehen wird.

[32]) Nach § 142 C.O. sind Forderungen nicht hierunter zu verstehen.

[33]) Gl.U. No. 6302. Die Anordnung der gerichtlichen Schritte erfolgt durch den Concurscommissär.

Die Fälle 1—8 sind im § 147 C.O., normirt.[34]) Die Beschlüsse 1—8 bedürfen der Zustimmung des Masseverwalters (§ 147 al. 2. C.O.)

Zuzuziehen ist der Gläubigerausschuss der im § 142 C.O. vorgesehenen Tagfahrt über die Veräusserung von schwer zu realisirenden Forderungen und Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen; einen Vorschlag hat er über die Entlohnung des Masseverwalters, seines Stellvertreters und der besonderen Verwalter zu machen (§ 161 C.O.).

§ 50. Veränderungen und Verringerungen; Pflichten.

I. Im § 44 sind die Veränderungen und Verringerungen dargestellt, welche die Ansprüche der Concursgläubiger durch das Concursverfahren erleiden, u. z. ohne Rücksicht darauf, ob die Concursgläubiger am Concursverfahren theilnehmen oder nicht.

Für die concurrirenden, also am Concursverfahren theilnehmenden Gläubiger bestehen die im § 44 entwickelten Sätze genau wie für die Concursgläubiger.

II. Eine allgemeine Pflicht zur Theilnahme am Concursverfahren oder zur Ausübung der im gemeinsamen Interesse gegebenen Rechte hat die C.O. nicht statuirt. Von Pflichten der concurrirenden Gläubiger im Verfahren kann daher nur bezüglich der Frage gesprochen werden, ob sie bei objectiv vorhandener Eignung die Wahl in den Gläubigerausschuss annehmen müssen. Diese Frage ist zu bejahen. Um Enthebung kann natürlich ein Mitglied des Gläubigerausschusses jederzeit ansuchen; insolange oder wenn sie ihm nicht bewilligt wird, muss es das Amt ausüben.

III. Die deckungsberechtigten Concursgläubiger.[1])

§ 51. Allgemeines.

I. Gläubiger des Gemeinschuldners, deren Ansprüche derart geartet sind, dass sie zur Geltendmachung im Concursverfahren behufs ihrer Befriedigung aus der gemeinschaftlichen Concursmasse

[34]) Vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt ermächtigt der Concurscommissär statt des Gläubigerausschusses zur Vornahme der im § 147 C.O. genannten Rechtshandlungen.

[1]) Vgl. v. Schrutka-Rechtenstamm, Compensation im Concurse S. 16 ff.; Motive zur dtsch. C.O. S. 1462; Oetker, Concursrechtl. Grund-



geeignet sind, können diese Befriedigung ohne Antheilnahme am Concursverfahren dann begehren, wenn ihnen ein Anspruch auf Befriedigung aus einem bestimmten Vermögensstücke des Gemeinschuldners zusteht. Dies sind die deckungsberechtigten Gläubiger.[2]) Soweit ihre Deckung, das dem Gemeinschuldner gehörige Deckungsobject reicht, sind sie berechtigt, ihre Befriedigung aus demselben ohne Rücksicht auf andere Gläubiger zu suchen. Hinsichtlich des durch das Deckungsobject nicht bedeckten Anspruchs stehen sie den Concursgläubigern, resp. den concurrirenden Gläubigern gleich.

Die Rechtfertigung für diesen den deckungsberechtigten Gläubigern eingeräumten Vorzug der Sonderbefriedigung findet man darin, dass die Concurseröffnung ihre Stellung nicht verschlechtern dürfe. Ausserhalb des Concurses würde ihnen das Deckungsobject ein Vorrecht vor den anderen Gläubigern desselben Schuldners gegeben haben; dieses Vorrecht soll ihnen auch im Concurse bleiben, weil bei einer anderen gesetzlichen Regelung dieses Problems namentlich der Realcredit empfindlich leiden würde.

II. Deckungsberechtigt sind:

a) die Compensationsberechtigten,

b) die Realgläubiger,

c) die auf ein Bergwerksvermögen Gewiesenen.

Dagegen sind nicht deckungsberechtigt die Erbschaftsgläubiger und die Handelsgläubiger von offenen Handelsgesellschaften, Commandit- und Commanditactiengesellschaften. Die C.O. hilft diesen Gläubigern durch die Eröffnung eines besonderen Concurses über den Nachlass, von dem die Erbengläubiger, und über das Gesellschaftsvermögen, von dem die Privatgläubiger ausgeschlossen sind; der Normirung einer besonderen Deckungsmasse bedurfte es dann nicht.[3]) Diese gesetzliche Normirung des Nachlass- und Gesellschaftsconcurses war durch die Annahme der juristischen Persönlichkeit der hereditas iacens und der Gesellschaft nahegelegt, während in den Fällen sub a—c diese Hilfe versagte.

III. Gemeinschaftlich ist den deckungsberechtigten Gläubigern, dass sie ihre Befriedigung entweder als concurrirende Gläubiger

---

begriffe I S. 235. Von deckungsberechtigten Massegläubigern ist im § 52 gehandelt. Ung. C.O. § 51 ff.

[2]) Im gemeinen Concursrechte spricht man von Separatisten ex jure crediti.

[3]) Abweichend Schwarz S. 114 ff.

aus dem gemeinschaftlichen Concursvermögen oder unter Ausschluss der eben genannten concurrirenden Gläubiger und ohne Antheilnahme am Concursverfahren aus ihrem Deckungsobjecte suchen. Ueberdies sind sie berechtigt, die Befriedigung des durch das Deckungsobject nicht gedeckten Theiles ihres Anspruches aus dem gemeinschaftlichen Concursvermögen als concurrirende Gläubiger zu verlangen, und zu diesem Zwecke gleichzeitig ihren Anspruch in Gänze anzumelden[4]) und das Deckungsobject zu beanspruchen.

§ 52. Die Compensationsberechtigten.[1])

I. Die C.O. behandelt nach dem Wortlaut des § 20 C.O. die Fälle der Compensationsberechtigung des Gemeinschuldners, resp. für ihn des Masseverwalters, ferner der Massegläubiger nicht; für diese zwei Fälle, das heisst also für Masseforderungen und Masseschulden, gelten in Rücksicht der Compensabilität die Vorschriften des bürgerlichen Rechts.[2]) Dieser Standpunkt der C.O. rechtfertigt sich zwar nicht durch den Mangel der Gegenseitigkeit bei den genannten Ansprüchen, denn auch Masseforderungen und Masseschulden sind solche des Gemeinschuldners; wohl aber ist er durch die rechtspolitische Erwägung gedeckt, dass Masseschulden nicht quotenmässig, sondern (wenn möglich) voll bezahlt werden (§ 160 C.O), und dass daher rücksichtlich dieser auch die Compensation ohne weiteres statthaben könne.

Dagegen regelt im Anschlusse an das bürgerliche Recht die C.O. in den §§ 20 und 21, ferner der § 1 des Ges. vom 16. März 1884 R.G.B. No. 35 die Compensabilität von Concursforderungen der Concursgläubiger, u. z. ohne Unterschied, ob es sich um eine freiwillige (vertragsmässige oder einseitige) oder um eine gerichtliche Compensation handelt. Diese Vorschriften treffen wieder jene

---

[4]) Ueber die Bedeckung und Ausbezahlung der Quote s. § 171 C.O.

[1]) Heller, Zur Lehre v. d. Compensation im Concurse (G.H. 1876 No. 6 ff.); v. Schrutka-Rechtenstamm, Compensation im Concurse; Mayer, Voraussetzungen der Compensation im Concurse (G.H. 1882 No. 95); Roztočil, Zur Lehre von der Compensation im Concurse (Not. Ztg. 1883 No. 3 ff.); Schwarz S. 127 ff.; Kaserer S. 51 ff. (daselbst S. 53 die frühere Litteratur); Kissling S. 55 ff.; vgl. auch Oetker a.a.O. S. 231 ff.; ung. C.O. § 38 ff.

[2]) Schwarz S. 131 erklärt die Compensation von Masseforderungen mit Masseschulden für unzulässig.

Concursgläubiger nicht, welche auf ihren Concurstheilnahmeanspruch verzichten; für diese gilt das bürgerliche (durch das Anfechtungsgesetz tangirte) Recht. Dagegen gelten die genannten Vorschriften auch für jene concurrirenden Gläubiger, welche nicht Concursgläubiger sind.

Mit diesen Beschränkungen sind die nachfolgenden Sätze zu verstehen.

II. Compensabel sind Forderungen von Concursgläubigern an den Gemeinschuldner mit Schulden des Gemeinschuldners an denselben Concursgläubiger dann

a) wenn Forderung und Gegenforderung in dem Zeitpunkte, in welchem die Wirkungen der Concurseröffnungen eintreten[3]) (§ 2 C.O)., nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes compensabel waren,[4]) oder

b) wenn diese Compensation nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes nur deshalb unzulässig gewesen wäre, weil die Forderung des Concursgläubigers noch nicht fällig (§ 20 C.O.) oder noch suspensiv oder resolutiv bedingt[5]) war.

Demgemäss ist dem Erfordernisse der Gleichartigkeit der beiden zu compensirenden Ansprüche genügt, wenn durch die Concurseröffnung der Anspruch des Concursgläubigers in eine Geldforderung umgewandelt wird.[6]) Dem Erforderniss der Fälligkeit ist entsprochen, wenn die Forderung durch die Concurseröffnung fällig wurde[7]) (§ 14 C.O.), oder wenn durch dieselbe für resolutiv bedingte Forderungen der Anspruch auf Befriedigung gegen Sicherheitsleistung, für suspensiv bedingte der im bürgerlichen Rechte nicht gewährte Anspruch auf Sicherstellung entsteht (§16C.O.). Das Erforderniss der Gegenseitigkeit ist vorhanden, wenn zur Zeit der Geltendmachung der Compensabilität (die nicht bloss bei der Concurseröffnung erfolgen kann) der Concursgläubiger auch Concurs-

[3]) § 20 C.O. sagt ungenau: „vor Eröffnung des Concurses“.

[4]) §§ 1438 ff. a.b.G.B.; Unger in Grünhut's Ztschr. XV S. 529 ff.; Hasenöhrl, Obligationenrecht II S. 535 ff.

[5]) Die C.O. spricht von diesem Falle nicht. Wie Text v. Schrutka a.a.O. S. 105 ff.; für die Resolutiv-Bedingung bejahend Heller a.a.O.; vgl. Schwarz S. 129 f.

[6]) A. M. v. Schrutka a.a.O. S. 92.

[7]) Vgl. Heller a.a.O. S. 64. Jährliche Renten, Unterhaltsgelder und andere wiederkehrende Zahlungen werden nach § 14 C.O. trotz der Concurseröffnung nicht compensabel.



schuldner ist, mag dies auch im Zeitpunkte der Concurseröffnung nicht der Fall gewesen sein, weil z. B. eine Universalsuccession erst nach der Concurseröffnung eintrat oder nach derselben ein Wechselregresspflichtiger den Wechsel einlöste.[8]) Das Erforderniss der Liquidität, welches schon nach bürgerlichem Rechte nur als solches der relativen Liquidität, d. i. der leichten Feststellbarkeit (nicht des Feststehens) der Forderung aufzufassen ist,[9]) ist im Concurse dann vorhanden, wenn die Forderung rechtzeitig, also jedenfalls vor der Schlussvertheilung festgestellt werden kann.[10])

Nach diesen Sätzen lassen sich die Detailfragen beantworten. Beispiele: Eine Forderung, die durch Concurseröffnung entsteht, ist compensabel, ebenso ein Anspruch, der durch die Concurseröffnung in eine Geldforderung umgewandelt wurde. Der Anspruch der Wechselverpflichteten ist compensabel, auch wenn die Wechseleinlösung erst nach der Concurseröffnung erfolgte. Der Anspruch aus einem Contocorrentverhältnisse ist compensabel, wenn auch möglicher Weise seine Höhe nicht sofort feststeht. Dagegen ist der Anspruch des Bürgen dann zu einer Compensation nicht geeignet, wenn der Bürge die verbürgte Schuld erst nach der Concurseröffnung gezahlt und hiedurch den Anspruch wider den Gemeinschuldner erworben hat.[11])

III. Dieselben rechtspolitischen Erwägungen, welche zur Anerkennung und theilweisen Erweiterung des Compensationsrechtes im Concurse geführt haben, gebieten andererseits erhebliche Einschränkungen desselben gegenüber dem bürgerlichen Rechte, da das Institut andernfalls dem Missbrauche allzusehr ausgesetzt wäre.[12]) Diese Einschränkungen zerfallen in zwei Gruppen: a) in solche, bei denen das Erforderniss der Fälligkeit der beiden Forderungen tangirt wird, und b) in solche, bei denen dieses Erforderniss nicht tangirt wird.

Ad a) Nicht compensabel mit einer vor der Concurseröffnung bestandenen Forderung des Gemeinschuldners ist eine Forderung

---

[8]) Gl.U. No. 8434, 11668; entg. Gl.U. No. 7443. Wie Text v. Schrutka, a.a.O. S. 60 ff. Im Falle des § 26 A.G. fehlt Gegenseitigkeit.

[9]) Hasenöhrl a.a.O. S. 552 ff.; Krainz-Pfaff, System II S. 154 ff.; v. Schrutka a.a.O. S. 47 f.; Schwarz S. 130 spricht sich hierüber nicht aus.

[10]) Mayer a.a.O.; a. M. Gl.U. No. 5739.

[11]) Nowak III No. 309; a. M. v. Schrutka a.a.O. S. 114.

[12]) Motive bei Kaserer S. 52.

des Concursgläubigers, die erst nach der Concurseröffnung entstanden[13]) oder dem betreffenden Gläubiger von seiner Seite freiwillig abgetreten wurde.[14]) Ist die Forderung des Gemeinschuldners oder sind Forderung und Gegenforderung nach der Concurseröffnung (§ 2 C.O.) entstanden, so entfällt nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 20 C.O. ihre Compensabilität, insoweit sie nicht als Masseforderungen mit einander compensabel sind.

Ad b) Die Compensation ist unzulässig, wenn der Concursgläubiger (sei es originär, sei es derivativ) seine Forderung an den Gemeinschuldner nach der Entstehung der Forderung desselben an ihn freiwillig und in Kenntniss von der Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners oder davon, dass ein Begehren um Concurseröffnung über dessen Vermögen angebracht ist, innerhalb der letzten sechs Monate vor der Concurseröffnung erworben hat[15]) (§ 1 des Gesetzes vom 16. März 1884 R.G.B. No. 35). Für eine solche Forderung kann der Concursgläubiger nur die Rechte eines solchen, nicht die eines Compensationsberechtigten ausüben, mögen auch alle andern Voraussetzungen der Compensabilität gegeben sein.

IV. Ob die Forderungen inländische oder ausländische sind, ist gleichgiltig, wenn die Compensation in einem inländischen Concursverfahren geltend gemacht werden soll; es entscheiden dann die Vorschriften des österreichischen bürgerlichen und Concurs-Rechtes über die Compensabilität.

V. Die Geltendmachung der Compensation ist trotz des Wortlautes des § 20 C.O. erforderlich. Sie erfolgt wie ausserhalb des Concurses, also entweder durch einen Compensationsvertrag mit dem Masseverwalter oder durch eine einseitige an denselben gerichtete (gerichtliche oder aussergerichtliche) Willenserklärung des Concursgläubigers.[16]) Auch mit Klage (die nicht Feststellungsklage zu

---

[13]) Sie ist dann keine Concursforderung, sondern eine Masseforderung, über deren Compensabilität das bürgerliche Recht entscheidet. Vgl. Gl.U. No. 12214.

[14]) Also im Wege der Singularsuccession, der executiven Abtretung an den Gläubiger etc. Gegen diese Bestimmung des § 21 C.O. wendet sich mit vollem Unrecht X., Ein verunglückter Paragraph der neuen C.O., in Ztschr. f. Not. 1869 S. 63, 83 f., den Benoni a.a.O. S. 70 ff. widerlegt.

[15]) Menzel, Anfechtungsr. S. 189 ff.; Steinbach, Comm. S. 165 ff.; Krasnopolski, Anfechtungsrecht S. 66 ff.

[16]) Nach dem Wortlaut des § 20 C.O. würde nicht einmal eine solche

sein braucht) und einredeweise kann das Compensationsrecht geltend gemacht werden.[17]) Der Masseverwalter ist nicht von Amtswegen zur Beachtung der Compensabilität verpflichtet, allerdings hiezu berechtigt; die Zustimmung des Gemeinschuldners ist nicht erforderlich, ebensowenig jene des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung, da es sich nicht um eine Verwaltung des Vermögens, sondern um dessen Feststellung handelt.

Einer Anmeldung der Forderung im Concurse bedarf es nicht;[18]) sie steht aber frei.

VI. Die Wirkung der erfolgten Compensation ist wie im bürgerlichen Rechte die gegenseitige Aufhebung von Forderung und Gegenforderung, soweit sie zur Compensation geeignet sind.

Bleibt noch ein Rest der Forderung an den Gemeinschuldner unberichtigt, so concurrirt bis zur Höhe dieses Restes der Concursgläubiger (nach Analogie des Realgläubigers) mit seiner Forderung im Concurse. Seine Quote wird von der ganzen Forderung berechnet, insolange die Compensation nicht erfolgt ist; sonst wird sie vom unbedeckten Rest berechnet (§ 171 C. O.).

Hat nach § 20 C.O. eine Compensation statt, obwohl die Forderung des Concursgläubigers noch nicht fällig und unverzinslich ist (so dass er durch die Compensation die Zinsen der Zwischenzeit lucriren würde), so muss er sich, falls er von der Compensation Gebrauch machen will, das Interusurium in Abzug bringen lassen, u. z. in Höhe der gesetzlichen (5% resp. 6%) Zinsen. Ebenso muss nach Analogie des § 20 C.O.[19]) ein Concursgläubiger sich die Differenz zwischen dem gesesetzlichen und dem niedrigeren, für seine Forderung vereinbarten Zinsfuss als Interusurium in Abzug bringen lassen, wenn seine zur Compensation gebrachte Forderung noch nicht fällig und zu einem geringeren als dem gesetzlichen Zinsfusse verzinslich ist.

Ueber die Art der Berechnung dieses Interusuriums giebt das Gesetz keine ganz klare Vorschrift. Es giebt drei Arten dieser Berechnung von Carpzow, Leibnitz und G. A. Hoffmann;[20]) von

---

einseitige Willenserklärung erforderlich sein; dagegen v. Schrutka a.a.O. S. 42 ff.

[17]) Gl.U. No. 13079.

[18]) Anders das frühere Concursrecht: §§ 7, 29 der C.O vom 1. Mai 1781.

[19]) Schwarz S. 128 lehnt diese Analogie ab.

[20]) Vgl. Kaserer S. 53; Schwarz S. 128; v. Schrutka a.a.O. S. 100 ff.; Heller a.a.O. S. 64.

diesen ist die erstgenannte zweifellos unannehmbar, die zweite und dritte unterscheiden sich dadurch von einander, dass Leibnitz die Zinseszinsen in Rechnung zieht, Hoffmann nicht. Da § 20 C.O. von Zinseszinzen nicht spricht, diese auch im gewöhnlichen Verkehre nicht leicht bezogen werden, ist das Interusurium nach der Hoffmann'schen Methode zu berechnen. Deren Formel lautet:

$$C_1 = C \left(\frac{100}{100 + np}\right)$$[21]

VII. Mit der Aufhebung des Concursverfahrens enden auch die Ausnahmsvorschriften des Concursrechts über die Compensation, und es treten die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts in Kraft.[22] Wird der Concurs wieder eröffnet (§ 190, 243 C.O.), so treten die concursrechtlichen Vorschriften wieder ein.

§ 53. Die Realgläubiger.[1]

I. Realgläubiger[2] sind diejenigen Personen, welche auf Grund eines dinglichen Rechtes an bestimmten Vermögensstücken des Gemeinschuldners für ihren Anspruch aus diesen Vermögensstücken Befriedigung unter Ausschluss der concurrirenden Gläubiger verlangen. Diese Vermögensstücke bilden eine vorzugsweise zur Befriedigung der Realgläubiger dienende besondere Masse (Specialmasse; § 30 C.O.), deren Vertheilung im Wege eines sog. Realconcurses erfolgt.

Von den Compensationsberechtigten unterscheiden sich die Realgläubiger durch das Deckungsobject und dadurch, dass sie nicht persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners sein müssen; von den Rückforderungsberechtigten dadurch, dass jene aus Vermögensstücken des Gemeinschuldners befriedigt werden wollen,

---

[21]) C_1 das zu berechnende, C das Capital, p Zinsfuss, n Zahl der Jahre.

[22]) A. M. v. Schrutka a.a.O. S. 128.

[1]) Kaserer S. 71 ff.; Kissling S. 86 ff.; Ullmann, Ueber die Rangordnung der Ansprüche im Concurse (Mittheil. d. Prager Jur.Ver. I S. 7 ff.); Menzel, Anfechtungsr. S. 37 ff.; Schwarz S. 97 ff.; Exner, Oesterreichisches Hypothekenrecht S. 307 ff., 368 ff., 403 ff.; Hasenöhrl, Oesterr. Obligationenrecht II S. 426 ff.; v. Schullern in Ztschr. f. Volkswirthschaft, Socialpolitik u. Verwaltung I S. 440 ff.; K. Adler, Lagerhausr. S. 123 ff.; ung. C.O. § 53 ff.

[2]) In der deutschen C.O. heissen sie Absonderungsberechtigte.

während die Rückforderungsberechtigten diese Vermögensstücke selbst als nicht dem Gemeinschuldner gehörig in Anspruch nehmen.

Auf Massegläubiger beziehen sich nach § 30 al. 3 C.O. die Vorschriften der C.O. über Realgläubiger direct nicht. Das Entstehen von Realgläubigern während des Concursverfahrens ist auch selten (§ 160 C.O.). Immerhin ist es nicht ausgeschlossen, dass (z. B. durch gesetzliches Pfandrecht — etwa nach §§ 1101 oder 1321 a.b.G.B. — oder durch Einräumung eines Conventionalpfandes) Massegläubiger Realgläubiger werden,[3]) und dann finden die ohnedies analog ausserhalb des Concursverfahrens angewendeten Vorschriften der C.O. über Realgläubiger[4]) auch auf sie analoge Anwendung.

II. Subjecte des zu erörternden Anspruches sind die Realgläubiger, das sind jene Personen, welche ein dingliches Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus bestimmten Vermögensstücken des Gemeinschuldners erworben haben. Die C.O. spricht sich nicht darüber aus, welche dinglichen Rechte sie meint; ausdrücklich spricht sie von Pfandrechten (§ 31 C.O.), Dienstbarkeiten (§ 32 C.O.) und Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen (§ 34 C.O.), worunter die Reallasten und die Ausgedinge fallen, deren dingliche Natur sonst freilich bestritten ist. Im § 11 C.O. ist überdies das Retentionsrecht dem Pfandrecht im Concurse gleichgestellt, worunter nicht bloss ein gesetzliches, sondern auch das durch § 471 a.b.G.B. durchaus nicht ausgeschlossene vertragsmässige Retentionsrecht zu verstehen ist, insoferne es an verwerthbaren Objecten eingeräumt ist.[4a]) Endlich nennt § 83 C.O. die executive Sequestration. Auch diese Rechte zählen daher zu den im § 30 C.O. genannten dinglichen Rechten. Schliesslich muss per analogiam auch die executive Einantwortung hieher gezählt werden.

Aus diesem Kreise der dinglichen Rechte ist das Pfandrecht das wichtigste. Für dasselbe gilt Folgendes:

Entscheidend ist, dass der Erwerb des Pfandrechts erfolgt sei in jenem Zeitpunkte, in welchem die Wirkungen der Concurs-

---

[3]) So auch Schwarz S. 151.

[4]) Vgl. Krainz-Pfaff I S. 771 ff.

[4a]) Diese im Gesetze nicht hervorgehobene Einschränkung ergiebt sich aus der im § 11 C.O. normirten Gleichstellung des Retentionsrechtes mit dem Pfandrechte; vgl. auch v. Schrutka, Compensation S. 35.

eröffnung beginnen (§ 2 C.O.); ein Pfandrecht, das zu diesem Zeitpunkt noch nicht erworben ist, gewährt den besprochenen Anspruch nicht (§§ 11, 12 C.O.). Dagegen ist nicht erforderlich, dass zu diesem Zeitpunkte das Subject des Pfandrechtes fixirt sein müsse: vielmehr ist während des Concurses jede Art des Ueberganges dieses Pfandrechtes auf andere Personen statthaft.

An welche Thatsachen die Erwerbung des Pfandrechts geknüpft ist, entscheidet nicht die C.O., sondern das bürgerliche Recht[5]) und das Civilprocessrecht.[6]) Das nach deren Vorschriften erworbene Pfandrecht wird in der C.O. anerkannt, u. z. ohne Unterschied, ob es ein vertragsmässiges, richterliches oder gesetzliches,[7]) ein definitives oder sicherstellungsweises,[8]) bedingtes oder unbedingtes,[9]) erstes oder After-Pfandrecht ist.[10]) Auch ist die Natur des dem Pfandrechte zu Grunde liegenden Anspruches irrelevant.[11])

Ebenso anerkennt die C.O. die Vorschriften des bürgerlichen und Civilprocess-Rechtes[12]) über die Reihenfolge mehrerer Pfandrechte an denselben Vermögensstücken, indem sie im § 31 C.O. bei verbücherten Immobilien den Grundbuchsstand, und bei nicht verbücherten Immobilien sowie bei Mobilien die analoge Anwendung dieser Anordnung des § 31 C.O. verordnet (§ 38 C.O.).

Irrelevant ist, ob der Pfandschuldner auch Personalschuldner des Realgläubigers ist oder nicht.

In gleicher Art bestimmt sich die Wirkung der Einräumung einer Reallast, einer gerichtlichen Einantwortung und Sequestration, sei sie zur Befriedigung oder Sicherstellung, ferner des nach den Vorschriften des Privatrechts erworbenen Retentionsrechtes, insoweit dasselbe an verwerthbaren Gegenständen besteht.

Die sub II bezeichneten Personen sind Realgläubiger; ihr Kreis kann durch Anfechtungsprocesse nach §§ 5, 6 A.G. verengt werden.

---

5) Krainz-Pfaff I S. 722 ff.; Exner, Hypothekenrecht §§ 19 ff.; Burckhard III § 191 ff.

6) Gl.U. No. 1110, 9300, 11149.

7) Gl.U. No. 3970 (Pfandrecht des Verpächters).

8) Rosenblatt, Zur Lehre vom Verbot und dessen Wirksamkeit im Falle einer Concurseröffnung (G.H. 1881 No. 96 f.).

9) Gl.U. No. 5146.

10) Flossmann, Zur Concursordnung.(G.H. 1880 No. 52).

11) Gl.U. No. 10312 (Wechselanspruch).

12) Burckhardt III § 191; Krainz-Pfaff I S. 771 ff.

Die aus einem provisorischen Sicherstellungsmittel Berechtigten sind nicht Realgläubiger (s. § 44 VII).

III. Objecte sind dem Gemeinschuldner gehörige bewegliche und unbewegliche Vermögensstücke aller Art, an denen das dingliche Recht erworben ist; ferner an Stelle von Immobilien die Brandschadenversicherungsbeträge,[13]) endlich solche Vermögensstücke, welche als dem Gemeinschuldner gehörig behandelt werden, obwohl ein Rückforderungsanspruch an ihnen geltend gemacht werden könnte, soweit an diesen Objecten das dingliche Recht erworben ist. Andererseits scheiden aus der Gruppe der hieher gehörigen Objecte jene Vermögensstücke aus, welche zwar dem Gemeinschuldner gehören, aber (absichtlich oder unabsichtlich) nicht in das Concursinventar aufgenommen oder sonst nicht in das Concursverfahren gezogen werden; die Befriedigung aus diesen Vermögensstücken erfolgt nicht nach den Regeln der Concursordnung.

Entscheidend für die Anwendung des Concursrechts ist demnach die thatsächliche Behandlung eines Vermögensstückes als Bestandtheil des schuldnerischen Vermögens. Begreiflicher Weise deckt sich diese thatsächliche Behandlung fast immer mit der rechtlichen Zugehörigkeit eines Objectes zum schuldnerischen Vermögen.

Den Begriff der beweglichen und unbeweglichen,[14]) der pfändbaren und nicht pfändbaren Gegenstände entnimmt das Concursrecht dem bürgerlichen und Civilprocessrechte.

IV. Der Inhalt der Ansprüche der Realgläubiger ist, dass diese sich aus den ihnen haftenden Gütern (d. i. aus dem Verkaufserlöse oder den Nutzungen) vorzugsweise befriedigen dürfen (§§ 30, 163 C. O.), daher alle Concursgläubiger und concurrirenden Gläubiger von der Antheilnahme an dieser Befriedigung insolange ausschliessen, als nicht ihre (der Realgläubiger) Ansprüche vollkommen befriedigt sind.

Die Realgläubiger sind auch dann nicht verpflichtet, am Concursverfahren theilzunehmen (ihre Forderungen anzumelden), wenn

---

[13]) Hfd. v. 18. Juli 1828 J.G.S. No. 2354; Freudenstein, Ueber die Rechte des Hypothekargläubigers an der Brandentschädigung (in Ehrenzweig's Assecuranz-Jahrb. XI S. 60 ff.); Exner, Hypothekenrecht S. 286 ff.; Krainz-Pfaff I S. 769; Gl.U. No. 3126; entg. No. 5240.

[14]) Vgl. Gl.U. No. 10130.



sie Concursgläubiger sind. Allerdings steht ihnen diese Theilnahme am Concursverfahren frei, wenn sie Concursgläubiger sind,[15]) u. z. derart, dass sie ihren Concurstheilnameanspruch gleichzeitig[16]) mit dem Anspruche als Realgläubiger geltend machen dürfen. Sie dürfen die ganze Forderung anmelden, ohne Rücksicht auf ihre Deckung durch das dingliche Recht. Es wird ihnen die concursmässige Quote von ihrer ganzen Forderung berechnet, und, wenn die Vertheilung des Erlöses der besonderen Masse noch nicht erfolgt ist, auch die ganze Quote der Concursmasse ausbezahlt. Nach erfolgter Vertheilung der besonderen Masse erhalten sie nur die Quote des unbedeckten Restes ihrer Forderung aus der Concursmasse, und müssen auch die in früheren Vertheilungen etwa über diese Rest-Quote erhaltenen Mehrbeträge aus der besonderen Masse der Concursmasse rückerstatten (§ 171 C.O.).[17])

Ist ein Zwangsausgleich im Zuge, so stimmen jene Realgläubiger, die gleichzeitig als concurrirende Gläubiger auftreten, nur für jenen Theil ihrer angemeldeten Forderung mit, welcher durch den Gutserlös oder (wenn ein solcher noch nicht vorhanden ist), durch den Schätzwerth des Pfandgutes nicht gedeckt ist; auf dieser Grundlage (die allerdings im zweiten Falle recht unsicher ist) bemisst der Gläubigerausschuss das Stimmrecht (§ 213 C.O.).

Machen die Realgläubiger von zweifachem Rechte (als Realgläubiger und Concursgläubiger) Gebrauch, so müssen sie allerdings zum Zwecke der Veräusserung im Feilbietungswege die in ihren Händen befindlichen (beweglichen) Pfandstücke dem Masseverwalter auf sein Verlangen ausfolgen, wenn sie die Feilbietung selbst nicht gehörig betreiben.[18])

---

[15]) Besitzer von Pfandbriefen, denen nach dem G. v. 24. April 1874 R.G.B. No. 48 ein Curator bestellt ist, dürfen ihre Rechte als Concursgläubiger persönlich geltend machen; denn da handelt es sich nicht um gemeinsame Rechte; a. M. Pavlicek, Pandbriefr. S. 106; richtig Frankl in Jur.Viertelj. XVII S. 28 u. XXIV S. 58 f.

[16]) Gl.U. No.10083; in der Anmeldung einer Forderung liegt kein Verzicht auf die Rechte des Realgläubigers. Ein solcher Verzicht steht aber frei.

[17]) § 171 C.O. beruht auf Billigkeitserwägungen; Kaserer S. 221 f.

[18]) § 165 al. 2 C.O., der diesen Fall regelt, ist flüchtig textirt und muss einschränkend ausgelegt werden, so dass er mit § 165 al. 3 C.O. übereinstimmt, in welchem dieselbe Frage für Immobilien geregelt ist. Für den Wortlaut des Gesetzes Schwarz S. 101.

V. Die Geltendmachung[19]) des Anspruchs des Realgläubigers steht denselben frei, ist aber verzichtbar (§ 213 C.O.). Sie erfolgt grundsätzlich ohne Rücksicht auf das Concursverfahren nach den Vorschriften des bürgerlichen und Civilprocess-Rechts,[20]) u. z. derart dass diese Geltendmachung durch den Masseverwalter[21]) nicht beeinträchtigt werden darf. Insbesondere ist in den §§ 16 und 45 A.G. den Realgläubigern das Recht gewahrt, auch während des Concursverfahrens selbst (nicht durch den Masseverwalter) Anfechtungsprocesse zum Zwecke der Vertheidigung ihres Anspruches auf vorzugsweise Befriedigung oder zum Zwecke der Bestreitung eines dasselbe Gut betreffenden Anspruchs eines andern Realgläubigers zu führen, wie auch noch § 6 A.G. Zahlungen an Realgläubiger bis zur Höhe ihrer Deckung unanfechtbar sind.

Die Geltendmachung eines Pfandrechts seitens des Berechtigten[22]) erfolgt daher in der Regel durch die Pfandklage und die gerichtliche Execution;[23]) ist die letztere zur Zeit der Concurseröffnung bereits begonnen, so wird sie fortgesetzt (§ 12 C.O.). Hat eine Anstalt nach ihren Statuten oder ein anderer Pfandgläubiger (§ 11 Z. 3 C.O.) das Recht, ohne gerichtliche Intervention aus Pfandstücken sich zu befriedigen, so bleibt dasselbe auch im Concurse gewahrt (§ 164 C.O.). Die Geltendmachung einer gerichtlichen Einantwortung oder einer executiven oder sicherstellungsweisen Sequestration geschieht nach den Vorschriften des Civilprocessrechtes. Reallasten werden wie ausserhalb des Concurses geltend gemacht. Nur das Retentionsrecht verändert sich im Concurse, wird zu

[19]) Vgl. Menzel, Anfechtungsr. S. 184 ff. Ueber die Pfandklage: Exner, Hypothekenrecht S. 368 ff.; Krainz-Pfaff I S. 801 ff.

[20]) Gl.U. No. 5784.

[21]) § 163 C.O. sagt: durch „die Gläubigerschaft". Auch die Anfechtung eines Pfandrechtes durch den Masseverwalter hemmt die Execution nicht: Gl.U. No. 10394, 12812.

[22]) Regelmässig ist das der Pfandgläubiger selbst; Besitzer von Pfandbriefen jedoch, für welche nach dem G. v. 24. April 1874 R.G.B. No. 48 ein Curator bestellt ist, müssen sich durch diesen Curator vertreten lassen; derselbe hat freilich nicht mehr Rechte, als die Realgläubiger sonst haben; die weitergehenden Behauptungen von Pavliček, Pfandbriefrecht S. 93 ff., sind ohne gesetzl. Anhaltspunkt, der Curator ist nicht Verwalter nach § 82 C.O.

[23]) Auch die Vorschriften über das Ueberbot gelten; Gl.U. No. 12330; dagegen nicht jene der §§ 4 und 18 des Ges. v. 10. Juni 1887 No. 74 R.G.B. (§ 21 dieses Ges.).

einem Pfandrechte und ist im Concurse nicht nach den Vorschriften des Privatrechts über die Retentionsrechte, sondern nach jenen über Pfandrechte zu behandeln; Retentionsrechte, welche eine solche Verwandlung nicht zulassen (z. B. Retentionsrechte an Taufscheinen, Schulzeugnissen u. dgl.) fallen weg, wenn sie nicht zur Erzwingung einer persönlichen Leistung, Duldung oder Unterlassung des Gemeinschuldners führen sollen.

In Stellvertretung des Gemeinschuldners tritt in allen Fällen mit Ausnahme des letzten kraft seines Amtes der Masseverwalter auf (§ 137 C.O.), da es sich um schuldnerische Vermögensstücke handelt, welche zum Concursvermögen gehören. Gegen diesen sind daher die Klagen zu richten,[24]) und diese, sowie die gerichtlichen Bescheide und Urtheile ihm zuzustellen.

VI. Der Grundsatz der Unabhängigkeit der Realgläubiger vom Concursverfahren wird jedoch in mancher Beziehung ausnahmsweise durchbrochen. Zur Wahrung des Concursvermögens enthält die C.O. einige Vorschriften zu Lasten der Pfandgläubiger, und zur Wahrung ihrer Interessen solche zu ihren Gunsten.

a) Den Pfandgläubigern legt § 164 C.O. die Verpflichtung auf, dem Concurscommissär oder dem Masseverwalter das Bestehen, das Object und den Umfang ihres Pfandrechtes anzuzeigen,[25]) ihm auf Verlangen rücksichtlich ihres Pfandrechtes und Pfandobjectes alle erforderlichen Auskünfte zu ertheilen und dem Gerichtscommissär behufs Inventirung die in ihren Händen befindlichen Pfandstücke vorzuweisen. Wer seiner Anzeige- oder Auskunftspflicht nicht pflichtgemäss nachkommt, ist der „Concursmasse" schadenersatzpflichtig (§ 164 C.O.); nach den §§ 1295 und 1306 a.b.G.B. besteht diese Ersatzpflicht nur bei verschuldeter Unterlassung der Anzeige oder Auskunftsertheilung.

Ferner räumt die C.O. (§ 165 C.O.) dem Masseverwalter das ausserhalb des Concurses ohnedies dem Schuldner zustehende Recht ein, ein bewegliches Pfandstück jederzeit durch Bezahlung der vollen Pfandschuld einzulösen, und hiedurch für die Concursmasse verwerthbar zu machen; für unbewegliche verpfändete Güter besteht dieses Einlösungsrecht nicht. Der Masseverwalter ist weiters berechtigt, die Feilbietung von mit Pfandrechten belasteten un-

---

[24]) Gl.U. No. 8835.

[25]) (Ebenso § 115 ung. C.O.) Nur die obgenannten Anstalten haben keine Anzeige-, sondern nur eine Auskunftspflicht.

beweglichen und solchen beweglichen Gütern, die sich in seiner Disposition befinden, nach den Vorschriften der Executionsordnung oder mit theilweiser Umgehung derselben zu erwirken und zu betreiben,[26]) auch zu diesem Zwecke ein von einem Pfandgläubiger begonnenes, aber lässig betriebenes Executionsverfahren fortzusetzen.[27]) Diese Einrichtungen bestehen um der Beschleunigung des Concursverfahrens willen; eine Beeinträchtigung der Rechte der Pfandgläubiger liegt hierin nicht,[28]) da dieselben wohl einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Feilbietungserlöse, aber nicht auf die Feilbietung haben. Zum Zwecke der executiven Veräusserung von Mobilien, die in Händen eines Pfandgläubigers sich befinden, darf der Masseverwalter die Herausgabe derselben auch ohne Bezahlung der vollen Pfandschuld verlangen, jedoch nur dann, wenn diese Pfandgläubiger für ihre Pfandforderung auch concurrirende Gläubiger sind.[29])

Rücksichtlich der Realgläubiger, welche andere dingliche Rechte als das Pfandrecht geltend machen, enthält die C.O. auffallender Weise keine Vorschriften. Sie substituirt in den §§ 164 ff. ohne ersichtlichen Grund den Realgläubigern die Pfandgläubiger. Es ist aber kein Zweifel daran, dass für diese anderen dinglichen Rechte (z. B. die gerichtliche Einantwortung von Forderungen, das Retentionsrecht) analog die eben für das Pfandrecht entwickelten Vorschriften gelten.

b) Zu Gunsten der Pfandgläubiger bestimmt § 74 C.O., dass die Pfandgläubiger eines unbeweglichen[30]) Gutes einen eigenen Verwalter dieses Gutes bei einer von der Realinstanz auf den Antrag eines Pfandgläubigers (wann immer während des Concurses)[31])

[26]) Gl.U. No. 4833; Exner a.a.O. S. 372 ff. spricht sich gegen diese Anordnung aus legislativen Rücksichten aus.

[27]) § 165 al. 3 C.O. sagt dies nur von Immobilien; er ist ausdehnend zu interpretiren. Ebenso, wie es scheint, Schwarz S. 101.

[28]) Gl.U. No. 4833.

[29]) Gl.U. No. 9518. A. M. Schwarz S. 102, der dem Masseverwalter ganz unterschiedlos das Recht zur Erwirkung der Feilbietung giebt; es ist nicht zu leugnen, dass die schlechte Stylisirung des sehr unklaren § 165 C.O. seiner Interpretation eine Stütze giebt.

[30]) § 74 C.O. bestimmt dies nicht ausdrücklich, doch ergiebt es sich aus der Verwendung der Worte „Gut“, „Realgericht“ und aus § 83 C.O. Ebenso Schwarz S. 108; Gl.U. No. 11157, entg. Gl.U. No. 5624. Unklar Kaserer S. 148.

[31]) Schwarz S. 108; entg. Gl.U. No. 8307.

angeordneten Tagfahrt mit absoluter, nach der Grösse der Forderungen berechneter Majorität der erschienenen Pfandgläubiger wählen dürfen, der dann wie der Masseverwalter, jedoch vom Realgerichte zu bestellen und dem Concursgerichte namhaft zu machen ist. § 83 C.O. schreibt vor, dass auch ohne solche Wahl der schon vor der Concurseröffnung bestellte Sequester eines unbeweglichen Gutes wenn thunlich als besonderer Verwalter desselben zu belassen ist.

Die Stellung dieser Verwalter ist im § 37 besprochen. Der Zweck der sub b erörterten Vorschrift ist, zu verhindern, dass eine Person (der Masseverwalter) die unter Umständen collidirenden Interessen der Concursgläubiger und Pfandgläubiger zu wahren habe.

Die hier erörterten Rechte der Immobiliarpfandgläubiger finden keine analoge Anwendung auf andere Realgläubiger.

c) Die Anfechtungsansprüche der Realgläubiger bleiben nach den §§ 16 u. 45 A.G. auch während des Concurses aufrecht.

VII. Als Wirkung der Geltendmachung der Rechte von Realgläubigern — mag sie auf welche Weise immer erfolgt sein — bezeichnet § 30 C.O., dass diese Gläubiger aus der besonderen Masse (dem Feilbietungserlöse, dem sonst erzielten Erlöse, oder den Nutzungen) vorzugsweise befriedigt werden und die concurrirenden Gläubiger ausschliessen, insolange nicht sie (die Realgläubiger) völlig — nicht bloss quotenmässig befriedigt sind.

Zu diesem Zwecke findet unter Zuziehung des Masseverwalters (§ 167 C.O.) und eventuell des für das Immobile bestellten besonderen Verwalters, sowie sämmtlicher Realgläubiger ein officiöses Liquidirungsverfahren bezüglich der besonderen Masse statt. Den Bestand eines Anspruchs zu bestreiten, steht dem Masseverwalter und jedem Realgläubiger zu; die Rangordnung darf nur ein nachstehender oder gleichstehender Realgläubiger bestreiten. Der Ueberschuss dieser besonderen Masse, welcher nach der Befriedigung aller aus dieser Masse zu berichtigenden Ansprüche verbleibt, wird dann von Amtswegen oder auf Antrag dem Concursvermögen zugeführt und steht der Befriedigung der Concursgläubiger zur Verfügung.

VIII. Der Grundsatz: „die besondere Masse den Realgläubigern“, erfordert einerseits noch eine eingehende Erörterung, andererseits eine Einschränkung. Eine Einschränkung dahin, dass nicht bloss Realgläubiger aus der besonderen Masse befriedigt werden, sondern auch die Massegläubiger dieser besonderen Masse

(§ 31 C.O.); eine eingehende Erörterung erfordert der Fall der Collision der Ansprüche von Realgläubigern. Der erste Punkt (Massegläubiger) gehört sicherlich zum Concursrechte; der zweite gehört dagegen zum Civilprocessrechte; seine Regelung in den §§ 31 ff. C.O. verdankt er dem Umstande, dass zur Zeit der Erlassung der C.O. die civilprocessualen Bestimmungen über die Vorrechtsordnung sehr lückenhaft und zerstreut waren.

Die C.O. regelt mit ihrer Vorrechtsordnung für die besonderen Massen beide sub VIII erörterten Punkte, u. z. getrennt für verbücherte[32]) Immobilien (§§ 31—37 C.O.) und für nicht verbücherte Immobilien und die Mobilien (§§ 38—40 C.O). Grundsätzlich ist die Ordnung für beide Fälle allerdings die gleiche; im Detail ist jedoch Manches verschieden.

VIII. Die Vorrechtsordnung besonderer Immobiliarmassen beruht auf dem (auch sonst dem österr. Recht eigenen) Grundsatze, dass der vorangehende Rang voll befriedigt werden muss, ehe der nächstfolgende zum Zuge kommt. Die Rangordnung ist folgende:

Es kommen zum Zuge:

1) die auf die besondere Masse sich beziehenden Masseschulden.[33]) Massekosten[34]) gehören dann zu diesen besonderen Masseschulden, wenn sie nur oder soweit sie durch eine Thätigkeit zu Zwecken der Realisirung der Ansprüche der Realgläubiger entstanden sind, während sie andernfalls den allgemeinen Massekosten zuzuschlagen sind;[35]) vermöge der positiven Vorschrift des § 31 C.O. gehören zu den besonderen Massekosten die durch die Anmeldung von Realansprüchen im Concurse entstandenen Massekosten, wenn diese Realansprüche aus der besonderen Masse befriedigt werden.[36]) Im Einzelnen ist hier vieles zweifelhaft, weil es eben quaestio facti ist, ob eine Thätigkeit des Masseverwalters im Interesse der Realgläubiger oder der Concursgläubiger gesetzt ist. Sicher ist Ersteres dann der Fall, wenn es sich um Kosten handelt,

---

[32]) Gl.U. No. 10130.

[33]) Ueber diese s. § 55. Vgl. auch § 25 Anf.G.

[34]) Schwarz S. 117 ff.

[35]) Gl.U. No. 13723. Dass als besondere Massekosten nur jene anzusehen sind, welche auch ausserhalb des Concurses ein Vorrecht hätten, behauptet Schwarz S. 117 ohne gesetzlichen Anhaltspunkt.

[36]) Eigenthümlich interpretirt Schwarz S. 121 diese klare Vorschrift.

die einer der Realgläubiger gleichfalls hätte aufwenden müssen,[37]) oder die dadurch veranlasst wurden, dass kein Realgläubiger die Execution begann oder gehörig fortsetzte (§ 165 C.O.). Zu den besonderen Massekosten gehören auch jene der vom Masseverwalter geführten Verwaltung des unbeweglichen Gutes, wenn dieselbe Realgläubigern zu Gute kam. Dagegen gehören die Inventirungskosten nie, und Schätzungskosten dann nicht zu den besonderen Massekosten, wenn die Schätzung nicht die Grundlage der Feilbietung bildete.[38]) Untereinander kommen die in diesen Rang gehörenden Ansprüche nach Analogie des § 29 C.O. zur Befriedigung.

Die Kostenbestimmung erfolgt nicht vom Concursgerichte, sondern vom Realgericht (§ 153 C.O.), ohne Ingerenz des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung; § 161 C.O. ist unanwendbar.[39])

2) die für die letzten drei Jahre[40]) vor der Concurseröffnung rückständigen sowie die seit der Concurseröffnung laufenden[41]) vom Immobile zu entrichtenden und ein gesetzliches Pfandrecht geniessenden[42]) Vermögensübertragungsgebühren, Staats- und Landessteuern und öffentlichen Abgaben (Concurrenzbeiträge) sammt den für den gleichen Zeitraum laufenden Zinsen und den Zuschlägen, welche jeweils unmittelbar nach der Abgabe zur Berichtigung gelangen, zu welcher sie zugeschlagen werden. Personalsteuern haben kein Vorrecht.[43]) Was Real- und was Personalsteuer ist, entscheidet sich nach den Steuergesetzen;[44]) ob der Anspruch intabulirt ist oder nicht, ist irrelevant. Untereinander kommen die Ansprüche dieses Ranges quotenmässig zur Berichtigung.

---

[37]) Feilbietungskosten; Kosten der Meistbotsvertheilung (a.M. Schwarz S. 120 ff.).

[38]) Gl.U. No. 8593, 11628; entg. Gl.U. No. 9121, 11703.

[39]) Schwarz S. 123 ff.; Gl.U. No. 7731; Links No. 1721; entg. Spruch-Rep. No. 96.

[40]) Jud.B. No. 105; entg. Gl.U. No. 4480; vgl. Exner a.a.O. S. 470 ff.

[41]) Gl.U. No. 10485, 10517; Spruch-Rep. No. 123.

[42]) Anders § 43 Z. 4 C.O.; vgl. Gl.U. No. 8781; 13991.

[43]) Gl.U. No. 4438.

[44]) Jud.B. No. 107 (Einkommensteuer vom reinen Einkommen aus von der Hauszinssteuer befreiten Gebäuden ist eine Realsteuer); entg. früher Jud.B. No. 102; Jud.B. No. 116 (Steuern von radicirten Gewerben sind Realsteuern, wenn das Gut für das Gewerbe bestimmt oder eingerichtet ist); Gl.U. No. 12350 (Erwerbsteuern von Schiffahrtunternehmungen sind Realsteuern). Vgl. Schwarz S. 104 ff.

3) die Forderungen *α*) der Hypothekargläubiger nebst den nicht länger als drei Jahre vor Concurseröffnung[45]) rückständigen Zinsen bis zum Befriedigungstage[46]) und allen Process- und Executionskosten (soweit sie nicht Massekosten sind) (§ 33 C.O.),[47]) ferner *β*) anderweitiger Bezugsberechtigter nebst den nicht länger als drei Jahre vor Concurseröffnung rückständigen und während des Concursverfahrens fällig werdenden Ansprüchen auf jährliche Renten, Unterhaltsgelder oder andere wiederkehrende Zahlungen (z. B. Reallasten,[48]) ferner alle Process- und Executionskosten (soweit sie nicht Massekosten sind (§§ 34, 36 C.O.). Ist ein Bezugsrecht auf Renten etc. intabulirt, so wird dasselbe derart zu Capital veranschlagt, dass der Zinsenertrag dieses Capitales die Rente etc. deckt (§ 182 C.O.). Endlich die Forderungen *γ*) der Servitutsberechtigten, deren Servitut nicht — wie, wenn möglich, geschehen soll — aufrecht erhalten werden kann, weil hiedurch den vorangehenden Hypothekargläubigern Abbruch geschähe; in einem solchen Falle wird die Servitut geschätzt, und an die Stelle und im Range der Servitutsberechtigung tritt die Hypothekarforderung des Entschädigungsanspruches,[49]) der sich regelmässig mit dem erhobenen Schätzwerthe deckt (§ 32 C.O.).

Innerhalb dieses dritten Ranges entscheidet der Grundbuchsstand über die Priorität der Befriedigung. Bleibt darnach aus dem Erlöse des Gutes kein genügendes Deckungscapital für die Bezahlung rückständiger und laufender wiederkehrender Leistungen übrig, so

---

[45]) Diese drei Jahre sind a die der Concurseröffnung, nicht nach den vereinbarten Zinsen- oder Rentenzahlungsterminen zu rechnen; Gl.U. No. 10408.

[46]) Die Praxis nimmt aus Rücksichten leichterer Berechnung bisweilen den Feilbietungstag als dies ad quem an; Gl.U. No. 9956, 9993. Unrichtig rechnet Schwarz S. 107.

[47]) Gl.U. No. 7936, 10797, 12294; über die Anwendbarkeit des § 33 C.O. ausserhalb des Concurses s. Spruch-Rep. No. 47; Gl.U. No. 12418.

[48]) Dieselben sind nicht wie Dienstbarkeiten zu behandeln, von denen sie sich grundsätzlich dadurch unterscheiden, dass der Reallast-Verpflichtete zu einer Leistung verbunden ist; Krainz-Pfaff I S. 78 ff.; entg. Gl.U. No. 13032. Sehr zweifelhaft ist die Stellung des Ausgedinge, das je nach seinem Inhalt bald zu Leistungen, bald nur zu Duldungen verpflichtet; Krainz-Pfaff II S. 265 ff.; allgemein zu den Servituten rechnet es Gl.U. No. 10362 mit Unrecht.

[49]) Gl.U. No. 12088.

ist das Deckungscapital selbst zur Zahlung derselben heranzuziehen (§ 34 C.O.).

4) die sub 2 genannten öffentlichen Abgaben, welche mehr als drei Jahre vor der Concurseröffnung rückständig sind, insoferne zu ihren Gunsten ein gesetzliches Pfandrecht besteht. Ist ein vertragsmässiges oder richterliches Pfandrecht zu ihren Gunsten intabulirt, so rangiren sie im 3. Range nach ihrem Grundbuchsstande. Besteht gar kein Pfandrecht, so kommen sie gar nicht zum Zuge.[50])

5) die länger als drei Jahre vor Concurseröffnung rückständigen Zinsen, Renten, Unterhaltsgelder oder anderen wiederkehrenden Zahlungen,[51]) insoweit ihnen (ex lege oder ex contractu, §§ 17, 18 Grundb. Ges.) ein Pfandrecht zukommt. Innerhalb dieses 5. Ranges entscheidet die Priorität der Capitals- oder Bezugsrechte, von welchen die Leistungen mehr als drei Jahre rückständig sind (§ 35 C.O.).

Bleibt nach der Befriedigung dieser fünf Ränge noch Etwas vom Gutserlöse übrig, so wird dieser Rest von Amtswegen oder auf Antrag der gemeinschaftlichen Concursmasse zugeführt (§ 30 C.O.).

X. Diese Vorrechtsordnung erleidet eine Veränderung innerhalb des dritten Ranges im Falle der Simultanhypothek.[52]) Bei Simultanhypotheken, d. i. bei ungetheilter Haftung mehrerer verbücherter Immobilien für eine Forderung (§ 37 C.O.; § 15,[53]) 106 ff. Grundb. Ges.) hat der Gläubiger das Recht, seine Befriedigung nicht bloss quotenmässig aus allen Immobilien, sondern auch voll aus

---

[50]) § 31 Z. 3 C.O. ist nicht deutlich; ebenso Schwarz S. 107. Vgl. Gl.U. No. 7653.

[51]) Process- und Executionskosten gehören immer in den 3. Rang.

[52]) Kaserer S. 79 ff.; Kissling S. 93 ff.; Ungermann, Zum § 37 C.O. (Jur.Bl. 1883 No. 46 ff.); Exner, Hypothekenrecht S. 307 ff.; Goldschmid, Einige Fragen zur praktischen Behandlung des § 37 C.O. (Mittheil. d. Prager dtsch. Juristenvereines 1882 S. 42 ff.); die zahlreiche Literatur über die Anwendbarkeit des § 37 C.O. ausserhalb des Concurses s. bei Krainz-Pfaff I S. 779 Anm. 33; vgl. auch Spr.Rep. No. 4, 156. Die Bestimmung des § 37 C.O. ist zugleich die Dispositivnorm für die Befriedigung des Simultanpfandgläubigers, wenn dieser sein Wahlrecht nicht ausübt.

[53]) § 15 Grdb. Ges. spricht nur vom Pfandrechte, gilt aber auch von Reallasten.

dem ihm beliebenden einzelnen Immobile zu fordern (§ 37 C.O.), u. z. ohne Rücksicht darauf, ob die Immobilien demselben Eigenthümer gehören, ob sie alle, und ob sie gleichzeitig feilgeboten werden.[54])

Diese Anordnung ist durch die rechtliche Natur der Simultanhypothek völlig begründet; die dem Simultanhypothekargläubiger nachfolgenden Hypothekargläubiger und die Personalgläubiger des Eigenthümers eines einzelnen Immobile sind rechtlich nicht benachtheiligt, wenn die Simultanhypothek gerade aus diesem Immobile voll in Anspruch genommen wird. Aber ökonomisch liegt die Sache anders. Die Simultanhaftung belastet zwar rechtlich jedes Grundstück mit der ganzen Hypothek, ökonomisch aber nur mit der aus der Gesammthaftung aller Grundstücke ermittelten Quote. Wird das einzelne Grundstück mit mehr als der Quote herangezogen, so erleiden die nachfolgenden Hypothekargläubiger hiedurch wirthschaftlich einen ungerechtfertigten Schaden, die Hypothekargläubiger der andern gesammtverhafteten Güter einen ebensolchen Nutzen. Es ist billig, diesen Schaden gegen den gleichartigen Nutzen auszugleichen, derart die Simultanhypothek unangetastet zu lassen und ihre wirthschaftlichen Nachtheile zu beheben. Diesen Erwägungen verdankt der vom Herrenhaus aus einem früheren Entwurf eingeschobene, wichtige § 37 C.O. seine Existenz.

Haften einem Realgläubiger für seinen Anspruch mehrere verbücherte Realitäten,[55]) von denen wenigstens eine dem Gemeinschuldner gehört[56]) und nicht aus der Concursmasse ausgeschieden ist, so bleibt dem Realgläubiger nach § 37 C.O. zwar vollkommen unbenommen, aus dem Feilbietungserlöse der ihm beliebigen Realität seine Befriedigung ganz oder zu dem ihm beliebigen Antheile zu fordern, u. z. ohne Unterschied, ob nur diese oder alle ihm verhafteten Realitäten, und von wem dieselben feilgeboten werden.

---

[54]) Spr.Rep. No. 156; theilweise abweichend Exner a.a.O. S. 312, welcher die Anwendbarkeit des § 37 C.O. auf den Fall beschränkt, dass alle Güter dem Gemeinschuldner gehören.

[55]) Oder ideelle Theile von Realitäten (Gl.U. No. 8962, 13030; entg. Gl.U. No. 10525), oder eine Realität und eine Hypothek; dagegen ist § 37 C.O. nicht anwendbar, wenn eine Realität und Mobilien für denselben Anspruch verpfändet sind.

[56]) Vgl. Gl.U. No. 9536, 10604; ablehnend Gl.U. No. 5963; Exner S. 312.

Allein wenn diese Realität zur gemeinschaftlichen Concursmasse gehört, so haben die Nachhypothekare das Recht, für das Uebermaass der vom Realgläubiger von der genannten Realität in Anspruch genommenen Quote als Cessionare ex lege an dieses Realgläubigers Stelle bei den andern, ihm haftenden Immobilien zu treten. Dieser Eintritt geschieht auf Antrag durch Intabulation, wenn die anderen Immobilien noch nicht executiv veräussert wurden, und durch Zuweisung des Meistbotantheiles der bereits executiv versteigerten Immobilien; dabei ist aber eine wohl zu beachtende Voraussetzung dieses Eintrittsrechtes der Nachhypothekare, dass der Simultan-Pfand-(Real-)Gläubiger hiedurch in seiner Deckung und Befriedigung nicht im Geringsten verkürzt werde.[57]) Hat daher der Simultanpfandgläubiger zwar mehr als die Quote, aber nicht seine ganze Forderung in Anspruch genommen, so kann die Intabulation des Eintrittsrechtes der Nachhypothekare nur bedingt geschehen. Dieses Eintrittsrecht besteht nicht gegenüber dem Simultanpfandgläubiger, sondern nur zwischen den Nachhypothekaren (nicht auch dem Eigenthümer)[58]) der einen, im Uebermaass in Anspruch genommenen, und jenen, sowie dem Eigenthümer der anderen Realitäten.

Die Berechnung der Quote und danach ihres Uebermaasses ist verhältnissmässig einfach, wenn alle Pfandgüter gleichzeitig oder fast gleichzeitig veräussert werden; die Grundlagen der Berechnung bilden dann die Feilbietungserlöse und die Hypotheken (und capitalisirten wiederkehrenden Leistungen).[59]) Die Schwierigkeiten werden aber ausserordentliche dann, wenn einzelne der Realitäten nicht versteigert werden und ihre Versteigerung auch nicht (z. B. vom Masseverwalter) erzwungen werden kann.[60]) Da fehlt der Schlüssel deshalb, weil der Erlös dieser derzeit nicht versteigerten Realitäten nicht berechenbar ist. Die Einstellung ihres Schätzwerthes in die Rechnung wäre eine reine Fiction und ist überdies nicht einmal immer durchführbar, da manche Realitäten nicht geschätzt sind. Andererseits kann das Pfandrecht der Nachhypothekare nach § 14 Grundb.Ges. nur für eine ziffermässig be-

[57]) Vgl. auch den von Kaserer S. 81 erwähnten Fall.

[58]) Ungermann a.a.O. No. 46.

[59]) S. Kaserer S. 82; Kissling S. 95; Burkhard, System III S. 459 ff.

[60]) Etwa dann, wenn einzelne Realitäten nicht dem Gemeinschuldner gehören.

stimmte Summe eingetragen werden; soll also die Intabulation der Nachhypothekare der im Uebermaass in Anspruch genommenen Realität überhaupt durchführbar sein, so muss hiefür eine Ziffer eruirt werden.

Diese Schwierigkeiten[61]) haben zu dem ungerechtfertigten Auswege geführt, die Vertheilung des erzielten Feilbietungserlöses bis zu dem Zeitpunkt aufzuschieben, in welchem alle Realitäten versteigert sind, also eventuell ad calendas graecas; ebenso gut könnte man contra rationem iuris und wider den Wortlaut des § 37 C.O. dessen Anwendbarkeit bei successiven Versteigerungen ausschliessen oder die Eintragung des Pfandrechtes der Nachhypothekare im unbestimmten Betrage gestatten.[62]) Das relativ Richtige ist, für die Nachhypothekare ein (eventuell bedingtes) Maximalpfandrecht einzutragen, welches gleich ist dem vom Simultanpfandgläubiger aus dem bereits erzielten Feilbietungserlös in Anspruch genommenen Betrag oder dem Forderungsbetrage aller Nachhypothekare, je nachdem die eine oder die andere Summe niederer ist; natürlich darf dieses Maximalpfandrecht nie höher sein als das Simultanpfandrecht selbst.[63])

Die weitgehende Anwendung des § 37 C.O. ausserhalb des Concurses ist nicht hier darzustellen.[64])

X. B. Die Vorrechtsordnung besonderer Mobiliarmassen[65]) ist in den §§ 38—40 C.O. enthalten; sie ist analog auf nicht verbücherte Immobilien anzuwenden.[66]) Der Grundsatz

---

[61]) Exner, Hypothekenr. S. 312, 316.

[62]) Kaserer S. 95; Exner S. 316.

[63]) Vgl. auch Burckhard III S. 460 f. Die grundbücherliche Durchführung ist schwierig und wohl nur durch Heranziehung des § 20b Grund-Ges. möglich.

[64]) S. Anm. 52. Der § 37 C.O. ist übrigens misslungen; schon Kaserer S. 80 weist einen, die Manz'sche Gesetzesausgabe einen zweiten stylistischen Fehler nach. Wie viel Fragen der Paragraph aufwirft, ohne sie zu beantworten, ist einigermaassen aus dem obigen Texte zu entnehmen. Details erörtert der obgenannte Aufsatz von Ungermann in Jur.Bl. 1883 No. 46 ff.

[65]) Kaserer S. 83 ff.; Kissling S. 95 ff.; Schwarz S. 110 ff.; auch diese Vorschriften der C.O. waren nur deshalb nöthig, weil es an einer klaren Executionsordnung fehlte.

[66]) Vgl. Ullmann, Civilprocessr. S. 557; Jud.B. No. 104; Gl.U. No. 10130.

dieser Vorrechtsordnung ist der gleiche wie bei Immobilien; jeder Rang kommt voll zum Zuge, ehe der nachfolgende darankommt.

Es kommen zum Zuge:

1. Die auf das Gut sich beziehenden Masseschulden; es gilt hier dasselbe wie bei den verbücherten Immobilien (s. oben VIII, 1).

2. Die Pfandforderungen und sonstigen dinglichen Rechte (aus der Einantwortung, der Sequestration, dem Retentionsrechte, der an die Stelle einer Dienstbarkeit tretenden Pfandforderung) sammt den Nebengebühren wie bei Immobilien (s. VIII, 3). Inwieweit gesetzliche Pfandrechte, insbesondere für Steuern und andere öffentliche Abgaben, namentlich Zölle und Verbrauchsabgaben, ferner für die Ansprüche der Lagerhausunternehmungen bestehen, bestimmen besondere Vorschriften; denselben ist auch zu entnehmen, ob für diese Abgaben ein Vorrecht vor den andern Gläubigern besteht (§ 39 C.O.).[67]) Von diesem Falle abgesehen rangiren innerhalb des zweiten Ranges die Pfandforderungen nach der Priorität des Pfandrechtes, ohne Rücksicht darauf, ob das Pfandrecht ein gesetzliches, richterliches oder vertragsmässiges ist; der Zeitpunkt der Erwerbung eines gesetzlichen Pfandrechtes ist nach den Vorschriften des Privatrechtes, bei richterlichen Pfandrechten nach dem Civilprocessrechte zu bestimmen. Bezüglich des gesetzlichen Pfandrechtes der Commissionäre, Spediteure und Frachtführer ist die Vorschrift des Art. 411 H.G. aufrecht erhalten, wonach von den an demselben Gute begründeten Pfandrechten der Commissionäre, Spediteure und Frachtführer (Art. 374, 382, 409 H.G.) die durch die Versendung und den Transport des Gutes entstandenen Pfandrechte den andern vorangehen, unter den durch Versendung und Transport entstandenen das spätere Pfandrecht vor dem früheren, unter denen der Commissionäre und der Spediteure für Vorschüsse das frühere vor dem späteren den Vorrang hat.[68])

3. Die länger als drei Jahre vor der Concurseröffnung rückständigen Zinsen, Renten, Unterhaltsgelder und anderen wieder-

---

[67]) Diese ges. Pfandrechte sind unbedeutend. S. Manz'sche Gesetzesausgabe bei § 39 C.O.; Schwarz S. 110. Einen Fall derselben behandelt Gl.U. No. 5106, einen andern das Lagerhausgesetz v. 28. April 1889 R.G.B. No. 64, § 28. Erwerb- und Einkommensteuerrückstände haben kein gesetzl. Pfandrecht (Spr.Rep. No. 17).

[68]) Grünhut, Das Recht des Commissionshandels S. 563 f.; Staub, Comm. ad Art. 374, 382, 409; Adler-Clemens No. 64, 294, 1024, 1067, 1489.

kehrenden Zahlungen, insoweit ihnen ein Pfandrecht zukommt; die Priorität der Capitals- oder Bezugsrechte, von welchen sie rückständig sind, entscheidet auch ihre Priorität.

Bleibt nach der Befriedigung dieser drei Ränge noch etwas übrig, so wird dieser Rest auf Antrag oder von Amtswegen der gemeinschaftlichen Concursmasse zugeführt.[69])

Die Anwendung des § 37 C.O. auf Mobilien ist nach dem Wortlaute des § 38 al. 2 C.O. und nach der ratio legis ausgeschlossen.[70])

XI. Das Vertheilungsverfahren auf Grund dieser Vorrechtsordnungen richtet sich nicht nach den Vorschriften der Concursordnung, sondern nach den Civilprocessgesetzen.[71])

Für den Gemeinschuldner intervenirt dabei der Masseverwalter, der auch dafür zu sorgen hat, dass ein Uebermaass des Feilbietungserlöses nach den Vorschriften der C.O. dem gemeinschaftlichen Concursvermögen zugeführt werde (§ 167 C.O.).

§ 54. Die Absonderungsberechtigten aus dem Bergwerksvermögen.[1])

I. Der Verkaufserlös eines in die Concursmasse gehörigen Bergwerks oder eines andern nach § 53 J.N. der Berggerichtsbarkeit unterworfenen Vermögens, ebenso die Erträgnisse dieses Verkaufserlöses dienen grundsätzlich zur vorzugsweisen Befriedigung derjenigen, welche ihre Deckung an diesem Bergwerke durch Erwerbung eines dinglichen Rechtes[2]) gesucht haben (§ 41 C.O.). Aus Billigkeitsrücksichten, ferner solchen des öffentlichen Wohles sind überdies gesetzliche Vorrechte normirt, so dass die Vorrechtsordnung der hier Absonderungsberechtigten folgendermassen lautet.

---

[69]) Dienstbarkeiten sind auch bei der Mobiliarfeilbietung aufrecht zu erhalten, wenn dies ohne Nachtheil für die vorangehenden Pfandgläubiger geschehen kann.

[70]) Gl. U. No. 10517.

[71]) Exner S. 559 ff. behandelt es nach Analogie des Concurses.

[1]) Kaserer S. 74; Schwarz S. 114.

[2]) § 41 Z. 5 C.O. spricht nur von Hypothekargläubigern und muss ausdehnend interpretirt werden.



II. Es kommen der Reihe nach zum Zuge:

1. Die für die letzten drei Jahre vor der Concurseröffnung rückständigen, sowie die seit der Concurseröffnung laufenden, von dem Bergwerke zu entrichtenden und ein gesetzliches Pfandrecht geniessenden[3]) Vermögensübertragungsgebühren, Staats- und Landessteuern und öffentlichen Abgaben sammt Zuschlägen.[4]) Die Befriedigung innerhalb dieses Ranges erfolgt quotenmässig.

2. Der für das letzte Jahr vor der Concurseröffnung rückständige Lohn der Arbeiter (nicht auch der Beamten).

3. Die Ersatzansprüche der Knappschafts- und Bruderladen für die Beiträge der Arbeiter, welche von denselben bezahlt oder ihnen vom Lohne abgezogen wurden, ohne jedoch in die Casse der Knappschafts- oder Bruderladen gelangt zu sein.

4. Die für das letzte Jahr vor der Concurseröffnung rückständigen Beträge an Erb- und Revierstollengebühren und andern Beiträgen zu Revieranstalten, sowie an Wasser-, Schacht- und Gestänggebühren und andern jährlichen Leistungen für eingeräumte Bergdienstbarkeiten.

5. Die Ansprüche α) der Hypothekargläubiger, β) anderer Bezuzugsberechtigten, γ) der Servitutsberechtigten, deren Servituten ohne Nachtheil für die vorangehenden Hypothekargläubiger nicht aufrecht erhalten werden können. Die Befriedigung dieser Ansprüche, sowie die Rangordnung ihrer Nebengebühren erfolgt nach Analogie der Vorrechtsordnung für besondere Immobiliarmassen (§ 31 C.O.; s. oben § 53 VIII, 3), demnach nicht quotenmässig, sondern nach dem Grundbuchstande.

6. Die sub 1—4 bezeichneten Gebühren und Abgaben, welche mehr als drei Jahre vor der Concurseröffnung[5]) rückständig sind, insoferne ein gesetzliches Pfandrecht zu ihren Gunsten besteht.

7. Die mehr als drei Jahre vor der Concurseröffnung rückständigen Zinsen, Renten, Unterhaltsgelder etc. der sub 5 genannten Ansprüche, soferne zu Gunsten dieser Nebengebühren ein Pfandrecht besteht.

---

[3]) Für die Einkommensteuer besteht ein solches nicht; Spruch-Rep. No. 111.

[4]) § 41 Z. 1 C.O. ist flüchtig textirt; vgl. § 31 Z. 1 C.O.

[5]) Schwarz S. 114 substituirt (wohl aus Versehen) der Concurseröffnung die Feilbietung als Termin.



Bleibt nach der Befriedigung dieser sieben Ränge etwas übrig, so ist es von Amtswegen oder auf Antrag der gemeinschaftlichen Concursmasse zuzuführen.

III. Die Geltendmachung dieser Absonderungsrechte, ihre Wirkung sowie die Formen des Vertheilungsverfahrens sind gleich denen bei den Realgläubigern.

IV. Die Massegläubiger.[1])

§ 55. Allgemeines.

I. Massegläubiger sind diejenigen Personen, deren Ansprüche an den Gemeinschuldner oder auch nur an sein Concursvermögen nach der Concurseröffnung auf Grund der Feststellung, Verwaltung und Vertheilung des Concursvermögens entstehen; ihre Ansprüche werden in der C. O. § 28 (vom Standpunkt des Verpflichteten angesehen) Massseschulden genannt.

Aus der angegebenen Begriffsbestimmung ergiebt sich, dass Masseschulden nicht entstehen aus Handlungen oder Unterlassungen des Gemeinschuldners selbst oder seiner Vertreter, welche nicht das Concursvermögen betreffen,[2]) und ebensowenig aus solchen Handlungen und Unterlassungen, welche eine besondere Masse betreffen; die letzteren nennt das Gesetz besondere Masseschulden (s. § 53).

II. Die Masseschulden entstehen dadurch, dass die Feststellung, Verwaltung und Vertheilung des Concursvermögens Kosten verursacht. Die Thätigkeit des Masseverwalters z. B. muss bezahlt werden; es können auch andere Ansprüche entstehen, wenn beispielsweise das Geschäft des Gemeinschuldners fortbetrieben, Waaren

---

[1]) Kaserer S. 68 ff.; Kissling S. 82 ff.; Schwarz S. 147 ff.; Hasenöhrl, Obligationenrecht II S. 426 ff.; Petschek, Haften bei Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung die Genossenschafter für die Massekosten? (Jur. Viertelj. 1889 S. 174); v. Schrutka, Compensation im Concurse S. 72 ff.; ung. C.O. § 47 ff. — Gemeines Recht: Bayer, Theorie des Concursprocesses S. 146 ff.; — Preussisches Recht: Koch, Preussische Concursordnung S. 60 ff.; — Deutsches Recht: § 50 ff. C.O.; Fitting, Reichsconcursrecht S. 127 ff.; Kohler, Lehrb. S. 380; Petersen-Kleinfeller, Comm. S. 255 ff.

[2]) Solche Schulden sind auch nicht Concursschulden, sondern fallen aus dem Concursverfahren völlig heraus.



eingekauft und verkauft werden. Es würde unbillig und unzweckmässig sein, diese Masseschulden (Masseforderungen) ebenso zu behandeln wie die Concursforderungen, Unbillig deshalb, weil es sich um Aufwendungen im Interesse aller concurrirenden Gläubiger handelt. Die Handlung, aus welcher die Masseschuld entspringt, ist ja bestimmt, die Quote der Concursforderungen festzustellen und wenn möglich (z. B. durch Fortbetrieb des Geschäftes) zu erhöhen. Unzweckmässig deshalb, weil sich schwerlich Personen zur Vornahme von Handlungen für die und mit der (insolventen) „Concursmasse" finden würden, wenn dieselben Gefahr liefen, nur einen Bruchtheil ihres Anspruches zu erhalten; überdies würde die gleichmässige Behandlung der Concurs- und der Masseforderungen erhebliche technische Schwierigkeiten bieten.

Aus diesen Erwägungen ist von Altersher[3]) und so auch in der C.O. den Massegläubigern ein Vorrang vor den Concurs- und concurrirenden Gläubigern eingeräumt, der sich begreiflicher Weise auf die allgemeine Concursmasse beschränkt und daher gegenüber deckungsberechtigten Gläubigern nicht besteht.

III. Der Begriff der Masseschulden schliesst sich an jenen der Massegläubiger an. Es sind Verpflichtungen des Gemeinschuldners, einer dritten Person Leistungen zunächst und vorab (zum Theile nur) aus dem gemeinschaftlichen Concursvermögen, zu dessen Gunsten oder Lasten die verpflichtenden Handlungen gesetzt wurden, zu gewähren.

Die verpflichtenden Handlungen werden (wie gesagt) nicht vom Gemeinschuldner selbst, sondern von Dritten oder vom Masseverwalter[4]) gesetzt; dass der Gemeinschuldner die Wirkungen dieser Handlungen regelmässig auf sich, resp. zunächst auf sein Concursvermögen nehmen muss, beruht auf dem Grundsatze seiner Vertretung durch den Masseverwalter, und ökonomisch auf der Erwägung, dass diese Handlungen in seinem Interesse, zur Ordnung seiner rechtlichen Situation stattfinden. Die Handlungen können sehr verschiedener Natur sein. Die C.O. nennt im § 29 die Massekosten, ferner die Ansprüche, welche aus rechtsverbindlichen Geschäften oder Handlungen der Masseverwaltung entstanden sind, und alle Ansprüche aus zur Zeit der Concurseröffnung noch nicht er-

---

[3]) Bayer a.a.O. S. 147; österr. C.O. vom 1. Mai 1781 § 14; preuss. C.O. vom 8. Mai 1855 § 40.

[4]) Resp. von den besonderen Verwaltern. Vgl. auch § 25 Anf.G.



füllten oder beendigten (vermögensrechtlichen) Rechtsgeschäften und Rechtsverhältnissen des Gemeinschuldners,[5]) in welche die Masseverwaltung eintritt. Die Masseschulden brauchen nicht in der Verpflichtung zu einer Geldleistung zu bestehen; sie werden nicht in Geldschulden umgewandelt.

Beispiele von Masseschulden: Kosten der Inventirung der Masse[6]) (§ 29, 1b C.O.), der Fortführung des Geschäftes des Gemeinschuldners; Verpflichtungen aus Käufen und Verkäufen aus der Concursmasse (§ 29, 2 C.O.), aus dem Eintritt in schwebende zweiseitige Verträge, in Miethe;[7]) Kosten der Processführung;[8]) Steuern und Gebühren dann, wenn der die Steuer- und Gebührenpflicht begründende Thatbestand nach der Concurseröffnung eintrat.[9]) Dagegen gehören nicht zu den Masseschulden: die Kosten einer Nachlasscuratel[10]), oder des Nachlassinventars,[11]) wenn auch über den Nachlass in der Folge der Concurs eröffnet wurde; die Kosten irgend einer andern Curatel, die nicht im Interesse aller Concursgläubiger, sondern nur eines Theiles derselben bestellt wurde, z. B. der Actionäre. Eine Ausnahme von diesem Grundsatze besteht auf Grund positiver Gesetzesvorschrift[12]) für die Curatelskosten des Curators der Pfandbriefbesitzer und Besitzer von auf Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Theilschuldverschreibungen; dieselben sind, soweit sie nach der Concurseröff-

---

[5]) Das Citat der §§ 22, 23 C.O. im § 29 Z. 3 C.O. ist insoferne nicht genau, als es sich im Falle des § 29 C.O. nicht bloss um zweiseitige Verträge handelt wie in den §§ 22, 23 C.O., sondern um alle vermögensrechtlichen Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse.

[6]) Gl.U. No. 5855, 6245, 9299. Dieselben sind nicht Gerichtsgebühren, wenn ein Notar intervenirt.

[7]) Nowak IV No. 332.

[8]) Gl.U. No. 4858, 5559, 5693, 11683; entg. Gl.U. No. 7218; vgl. Dr. W. P., Zu § 133 C.O. (Jur.Bl. 1886 S. 406).

[9]) Jud.B. No. 98, 99; Spruch-Rep. No. 22, 56; Gl.U. No. 4104, 4150, 5143, 5330, 5586; entg. Gl.U. No. 4263, 5870; Schwarz S. 153 schwankt. Wann die Zustellung des Zahlungsauftrages erfolgte, das ist irrelevant.

[10]) Gl.U. No. 6660.

[11]) E. v. 16. September 1877 Z. 7493; Riehl S. 64.

[12]) § 3 des Ges. v. 24. April 1874 R.G.B. No. 48; § 6 des Ges. v. 24. April 1874 R.G.B. No. 49.

nung entstanden sind,[13]) zwar nicht Massekosten,[14]) aber Masseschulden.

IV. Die Masseschulden zerfallen in Massekosten und Masseschulden im engeren Sinne.[15]) Massekosten sind die Kosten des Concursverfahrens, sowie die sumptus oeconomici.[16]) Eine genaue Scheidung der Massekosten von den Masseschulden im engeren Sinne ist nach dieser Definition wegen ihrer unbehebbaren Unbestimmtheit nicht möglich. Da jedoch diese genaue Scheidung der Vorrechtsordnung wegen von grosser Bedeutung ist, zählt § 29 die Massekosten taxativ auf; es sind folgende: a) die Kosten der Concurseröffnung, b) jene der Feststellung und Veräusserung der Activen der Concursmasse, sowie die zur Instandhaltung, Verwaltung und Bewirthschaftung[17]) derselben erforderlichen Kosten, insbesondere jene der Steuern und Abgaben aller Art; c) die Kosten der Feststellung der Passiven (also insbebesondere des Anmeldungs- und Liquidirungsverfahrens), insoferne dieselben nicht nach Vorschriften der C.O. einzelnen Personen zur Last fallen (§§ 122, 123, 133, 137 C.O.).

V. Die Vorrechtsordnung für das Concursverfahren ist folgende; es kommen zum Zuge: 1. die Massekosten; 2. die Masseschulden im engeren Sinne. Innerhalb eines jeden Ranges sind die collidirenden Ansprüche verhältnissmässig, d. i. quotenmässsig zu befriedigen (§ 29 C.O.)

Die Befolgung der analogen Vorschrift bei Concursforderungen ist leicht, weil dieselben grundsätzlich gleichzeitig zur Befriedigung gelangen, und weil darum die Quote der einzelnen Forderung ermittelt werden kann. Bei den Masseschulden ist die Aufgabe wesentlich schwerer.[18]) Denn Massegläubiger brauchen auf ihre

---

[13]) Die vor der Concurseröffnung entstandenen Kosten sind Concursforderungen.

[14]) Wie Gl.U. No. 9551 annimmt.

[15]) Ebenso §§ 47—49 ung. C.O. Die preuss. C.O. vom 8. Mai 1855 unterscheidet Kommunkosten von Masseschulden (§§ 42, 43).

[16]) Koch, S. 61, Anm. 77.

[17]) Dieser Terminus ist einschränkend gegen § 29 Z. 2, 3 C.O. auszulegen.

[18]) Vgl. Heller in Jur.Viertelj. 1888 S. 192 ff.; Dr. R. H., Zur Auslegung des § 160 C.O. (Jur.Bl. 1889 S. 330 f.). Die gleiche Schwierigkeit besteht nach den §§ 50 u. 170 ung. C.O.

Befriedigung nicht bis zu einem Vertheilungsverfahren zu warten, sondern können dieselbe bei Vorhandensein von Befriedigungsmitteln sofort verlangen, sobald ihr Anspruch feststeht und fällig ist (§ 160 C.O.). Wie kann da eine verhältnissmässige Vertheilung unter die Massegläubiger stattfinden, da noch nicht bekannt sein kann, wie hoch im Laufe des Concursverfahrens die Masseschulden steigen werden? Hält man sich wörtlich an die Vorschrift der verhältnissmässigen Vertheilung im § 29 C.O., so kommt man zu dem Schlusse, dass Masseschulden vor der Beendigung des Concursverfahrens überhaupt nicht bezahlt werden können, da ihre Quote unberechenbar ist; damit kommt man aber in direkten Wiederspruch zu § 160 C.O., welcher die sofortige Berichtigung der fälligen, feststehenden Masseschulden vorschreibt.

Die Lösung des Widerspruches dieser beiden Gesetzesstellen, dessen sich der Gesetzgeber nicht bewusst geworden zu sein scheint, ist durch die einschränkende Interpretation des § 29 C.O. zu gewinnen. Die gleichzeitig feststehenden fälligen Masseschulden sind nach der Vorrechtsordnung und innerhalb jeden Ranges quotenmässig sofort zu befriedigen;[19]) ihre Befriedigung darf nicht mit Rücksicht auf die Möglichkeit später entstehender Masseschulden aufgeschoben werden. Mit dieser einschränkenden Auslegung des § 29 C.O. stimmt sein Schlusssatz völlig überein: „bereits geleistete Zahlungen können jedoch nicht zurückgefordert werden."

VI. Ausserhalb des Concursverfahrens entfällt begreiflicher Weise jede Vorrechtsordnung.[20]) Dagegen ist bei Masseschulden (nicht auch bei Concursforderungen) zweifelhaft, ob der Gemeinschuldner für sie persönlich nach der Concursaufhebung hafte. Der Zweifel entsteht durch den Schlusssatz des § 160 C.O., der die Durchführung von Klagen der Massegläubiger „mit Beschränkung auf das zur Masse gehörige Vermögen" vorschreibt. Dar-

---

[19]) Gl.U. No. 11122, 6245; entg. Gl.U. No. 9299. Die Berechnung kann Schwierigkeiten machen, wenn einzelne Masseschulden nicht Geldschulden sind. Ist die Leistung theilbar, so erfolgt ihre Schätzung und quotenmässige Berichtigung; ist die Leistung untheilbar, so muss sie voll berichtigt werden. Kissling S. 84 ff. stellt alles in das Ermessen des Concurscommissärs.

[20]) Gl.U. No. 12748.



nach scheint es, dass der Gemeinschuldner persönlich nicht hafte.[21]) Allein es wurde schon oben im § 29 VIII nachgewiesen, dass diese Lösung unannehmbar ist, und dass § 160 C.O. nur die (übrigens selbstverständliche) Beschränkung auf das Concursvermögen für die Dauer des Concursverfahrens ausspricht, nicht auch für die Zeit nach seiner Aufhebung. Der Gemeinschuldner haftet persönlich;[22]) nur muss die Leistungsklage wider ihn nach der Concursaufhebung angestellt werden (vgl. auch § 247 C.O.).

Von dieser Regel besteht eine Ausnahme für die Anfechtungsprocesse. Für die Kosten derselben haftet der Gemeinschuldner nicht persönlich, sondern nur mit seinem Concursvermögen, weil der Masseverwalter in diesen Processen nicht ihn, sondern die Concursgläubiger vertritt.[23])

VII. Am Concursverfahren sind die Massegläubiger grundsätzlich nicht betheiligt. Sie haben weder actives noch passives Wahlrecht, kein Beschwerderecht gegen Entscheidungen des Gerichtes, welche nicht ihre Masseansprüche tangiren, und kein Recht, Erinnerungen gegen einen Vertheilungsentwurf zu machen.[24]) Nur dem Vergleichsverfahren werden sie zugezogen, und haben Stimmrecht (§ 156 C.O.).

Der Zwangsausgleich trifft die Massegläubiger nicht; dieselben müssen voll bezahlt werden, wenn auf Grund eines Zwangsausgleiches der Concurs aufgehoben werden soll; sind sie noch nicht fällig, so sind sie sicherzustellen. Die Beobachtung dieser Vorschrift wird von Amtswegen überwacht (§ 235 C.O.).

§ 56. Geltendmachung der Masseschulden.

I. In Gemässheit des Grundgedankens, das Masseschulden im Concurse nicht anders zu behandeln sind, denn alle Schulden ausserhalb des Concursverfahrens, brauchen die Massegläubiger ihre An-

---

[21]) Dies behaupten auch Kaserer S. 69, Schwarz S. 149; Adler-Clemens No. 1249.

[22]) Es haften auch die Genossenschafter einer registrirten Genossenschaft; Stross, Genossenschaftsr. S. 159 ff.; Petschek a.a.O. S. 174 f.; entg. Adler-Clemens No. 1249.

[23]) Damit stimmt § 24 A.G. überein.

[24]) Gl.U. No. 5711.

sprüche im Concurse **nicht anzumelden**,[1]) und eine Anmeldung würde an sich ihnen nicht helfen. Sie brauchen ihre Ansprüche nur **geltend** zu machen. Der Vorgang ist verschieden einerseits für die Massekosten, soweit sie in der Entlohnung des Masseverwalters, seines Stellvertreters und der besonderen Verwalter bestehen, andererseits für alle übrigen Masseschulden.

II. Die **Entlohnungen**[2]) des Masseverwalters, seines Stellvertreters und der besonderen Verwalter werden niemals im Processwege festgestellt. Vielmehr erfolgt die Feststellung auf einem der folgenden **Wege**:

a) Der Verwalter legt dem Gläubigerausschusse sein Kostenverzeichniss vor. Dieser Ausschuss **beantragt** unter Würdigung des Umfanges und der Wichtigkeit der Geschäftsführung, sowie der Thätigkeit und Umsicht des Verwalters, endlich seiner baaren Auslagen eine Entlohnung desselben in ziffermässiger Höhe. Der pflichtmässigen Abwägung der den Verwaltern angemessenen Entlohnung darf sich der Ausschuss nicht durch mechanische Anwendung eines Advocatentarifes entschlagen; dagegen spricht kein Bedenken gegen eine Pauschalirung.[3]) Dieser Antrag des Gläubigerausschusses wird dem Concurscommissär vorgelegt, der nun seinerseits auf derselben Grundlage einen ziffermässig bestimmten Antrag stellt.

Nun wird eine **Gläubigerversammlung** einberufen, welche mit einfacher absoluter Majorität auf Grundlage dieser beiden Anträge, jedoch ohne durch sie beschränkt zu sein, die Ansprüche der Verwalter feststellt. Der Beschluss der Gläubigerversammlung ist den Verwaltern, deren Ansprüche festgestellt wurden, zu intimiren. Sie haben das Recht der (binnen 14 Tagen anzubringenden) Beschwerde an das **Concursgericht**; ein weiterer Rechtszug hat nicht statt (§ 161 C.O.). Gläubiger haben gegen diese Feststellung kein Recursrecht.[4])

---

[1]) E. vom 14. September 1877 Z. 19217 in **Riehl's** C.O. S. 239; gegen diese Bestimmung spricht sich **Stross**, Genossenschaftsrecht S. 172 aus.

[2]) § 161 C.O. nennt sie „Belohnungen".

[3]) Vgl. **Petersen-Kleinfeller**, Comm. zur C.O. S. 327; **R. Pollak** in Jur.Bl. 1895 No. 51 f.

[4]) Gl.U. No. 8918; auch der Gläubigerausschuss hat kein Recursrecht.

b) Für den Fall, dass kein Gläubigerausschuss vorhanden ist, wird das Kostenverzeichniss dem Concurscommissär vorgelegt, der seinen Antrag allein der Gläubigerversammlung vorlegt. Kommt auch keine Gläubigerversammlung zu Stande, so bestimmt das Concursgericht[5]) die Höhe der Kostenansprüche; in diesem Falle hat Niemand ein Beschwerderecht.

Auf diese Kosten können den Verwaltern Vorschüsse gegeben und Abschlagszahlungen geleistet werden; hiezu bedarf es eines Beschlusses des unter dem Vorsitze des Concurscommissärs tagenden Gläubigerausschusses, und wenn ein solcher nicht besteht, des Concurscommissärs (§ 161 C. O.).

Die Auszahlung der festgestellten Kosten erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften über die Masseschulden.

III. Die Feststellung aller anderen Masseschulden erfolgt entweder ohne weiteres durch den Concurscommissär, resp. das Concursgericht, wenn es sich um den Vollzug gerichtlicher Aufträge[6]) oder um die Vergütung der Auslagen von Mitgliedern des Gläubigerausschusses handelt[7]) (§ 162 C. O.); oder sie erfolgt vom Masseverwalter in eben jener Art, wie ausserhalb des Concurses vom Gemeinschuldner selbst. Der Masseverwalter hat sich über die Masseschulden, ihren Bestand und ihre Höhe zu informiren und dafür Sorge zu tragen, dass nach Thunlichkeit die Mittel zur Befriedigung von Massegläubigern vorhanden sind (§ 160 C. O.); beides ist seine Amtspflicht. Er darf daher nicht chicanös gegen Massegläubiger vorgehen, muss auch Masseschulden unaufgefordert bezahlen und haftet den Massegläubigern wie auch Dritten persönlich für jeden verschuldeten Schaden.

Geht der Masseverwalter nicht derart vor, so muss der Massegläubiger Schritte thun, um seine Befriedigung zu erlangen. Diese Schritte unterscheiden sich einigermaassen von jenen, die ein Gläubiger ausserhalb des Concurses zu gehen hätte.

Zwei Wege stehen dem Massegläubiger offen:

1. Der Massegläubiger ist berechtigt, direct beim Verwalter

---

[5]) Nicht auf Grund einer „Beschwerde", wie Schwarz S. 199 lehrt.

[6]) Z. B. die Kosten der Gerichtscommissäre und Sachverständigen.

[7]) Der Antrag geht vom Gläubigerausschusse, die Bestimmung vom Concurscommissär aus; das interessirte Mitglied stimmt nicht mit.

die Zahlung zu verlangen oder mittelst „Vorstellung",[8]) d. i. motivirter Eingabe beim Concurscommissär Abhilfe zu suchen; der Concurscommissär hat dann von Amtswegen die Befriedigung des Massegläubigers dem Masseverwalter aufzutragen und eventuell nach § 80 C.O. zu erzwingen (§ 160 C.O.), jedoch nur dann, wenn a) Zahlungsmittel vorhanden sind oder sein können, b) der Anspruch als richtig und fällig vom Masseverwalter anerkannt wird, oder wenn er offenbar richtig und fällig ist; die sub b angeführte Beschränkung ist wohl dem § 160 C.O. nicht zu entnehmen, ergiebt sich aber aus § 2 Z. 7 des kais. Pat. vom 9. August 1854 R.G.B. No. 208.[9])

2. Giebt der Concurscommissär diesen Auftrag an den Masseverwalter aus den erwähnten Gründen nicht, oder zieht der Massegläubiger vor, diesen Auftrag gar nicht zu verlangen, so steht ihm der Processweg offen, um seine Masseforderung geltend zu machen.

Für diese Processe gilt Folgendes:

a) Competent ist das Concursgericht, jedoch nicht als ausschliessendes Gericht, sondern nur als erweitertes forum domicilii[10]) (§ 138 C.O.). Es wird fingirt, dass der Gemeinschuldner am Sitze des Concursgerichtes seinen Wohnsitz habe, und es wird die ordentliche gerichtliche Competenz zu Gunsten jener des Concursgerichtes aufgehoben; ferner geht die Handels- und Seegerichtsbarkeit in der ordentlichen Gerichtsbarkeit des als Concursgericht fungirenden Landes- oder Kreisgerichtes auf und umgekehrt; hierdurch können z. B. Wechselklagen von einem Landesgericht entschieden werden.

Dagegen bleibt die ausschliessende Competenz für Real-[11]) und Bergsachen aufrecht, ebenso jene Competenz, welche sich auf einen

---

[8]) Dies ist nicht das gleichbenannte Rechtsmittel des Verfahrens ausser Streitsachen.

[9]) Bei wörtlicher Interpretation des § 160 C.O. hätte auch die Zulässigkeit des Processweges keinen Sinn.

[10]) Vgl. Gl.U. No. 6339.

[11]) Vgl. Gl.U. No. 5211. Bestandzinsklagen gehörten vor das für Bestandsachen ausschliesslich competente Bezirksgericht; Gl.U. No. 6339, 8032, 9022, 9476, 9980, 10783, 11355, 11283; entg. 9180; jetzt gehören sie nach § 83 J.N. vor das Concursgericht. Klagen auf Ausstellung einer Aufsandungserklärung sind keine Realklagen; Gl.U. No. 8628. Pfandklagen auf Mobilien gehören vor das Concursgericht, Gl.U. No. 7421.

[12]) Spruch-Rep. No. 84.



besonderen Gerichtsstand, z. B. das forum contractus[12]) oder das forum prorogatum stützt,

b) Die Klage ist als Feststellungsklage unbeschränkt, als Leistungsklage nur mit der Beschränkung auf das Concursvermögen zulässig.

c) Die Klage ist gegen den Masseverwalter zu richten (§§ 137 u. 160 C.O.); diese gesetzliche Bestimmung ist überflüssig, weil sie sich aus den §§ 1 und 78 C.O. ergiebt. Sie besagt nicht, dass der Masseverwalter Partei im Processe ist, was er Mangels jeglichen rechtlichen Interesses am Ausgange des Rechtsstreites und bei dem Umstande nicht sein könnte, als das Concursvermögen Vermögen des Gemeinschuldners ist. Partei im Processe ist der Gemeinschuldner; gegen den Masseverwalter wird die Klage nur deshalb gerichtet, weil er Kraft seines Amtes der gesetzliche Vertreter des Gemeinschuldners ist.

d) Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften der C.P.O., nicht nach jenen der C.O.

e) Die Bestimmung einer Paritionsfrist im Urtheile war in der Praxis nicht üblich;[13]) dieselbe begnügte sich, im Urtheile auszusprechen, dass die „Concursmasse" schuldig sei, dem Massegläubiger zu leisten. Dieser Wegfall der Paritionsfrist hatte die von der Praxis gewiss nicht beabsichtigte Wirkung, dass dieselbe in allen Fällen, in denen ein Landes- oder Bezirksgericht einschritt, 14 Tage, und wenn ein Handelsgericht das Urtheil schöpfte, drei Tage betrug. Der richtige Vorgang wäre gewesen, die sofortige Zahlung aufzutragen, da § 160 C.O. ohnedies die nöthige Remedur schafft. Die Controverse ist nun durch § 409 C.P.O. behoben, welcher für alle Urtheile, die auf Leistung lauten, die Setzung einer Paritionsfrist anordnet. Erst nach Ablauf dieser Frist ist die Masseschuld nach § 160 C.O. zahlbar.

f) Die Executionsbewilligung ist zwar nicht unmöglich,[14]) aber entbehrlich, weil nach § 160 C.O. bei liquider Forderung ein Gesuch an den Concurscommissär den gewünschten Erfolg erzielt. Die Praxis lehnt daher mit Recht die Bewilligung von Executions-

---

[13]) Gl.U. No. 4858, 9551, 9597, 10964, 11211, 11974, 12035; billigend Schwarz S. 154; entg. Gl.U. No. 11150.

[14]) Verneinend Ofner, Haben Massegläubiger Executionsrechte gegen die Concursmasse? (G.H. 1886 No. 14).

gesuchen ab oder verlangt wenigstens den im § 160 C.O. vorgesehenen Nachweis, dass Zahlungsmittel vorhanden sind.[15])

IV. Eine Leistungsklage wider den Gemeinschuldner selbst auf Berichtigung der aus dem Concursvermögen nicht oder nicht völlig berichtigten Masseschuld ist nach der Concursaufhebung zulässig, es sei denn, dass es sich um eine aus Anfechtungsprocessen entstandene Masseschuld (seien es auch Massekosten des Masseverwalters) handelt.

---

[15]) Gl.U. No. 9299; entg. E. v. 26. Juli 1876 Z. 8930 in Riehl's C.O. S. 240.

VII. Capitel.

Die Activen.

§. 57. Allgemeines.[1])

I. Ein principaler Unterschied zwischen der Zwangsvollstreckung und dem Concurse liegt darin, dass jene eine Einzelnexecution ist, während das Concursverfahren ein Vermögensganzes ergreift, gewissermassen ein Vermögen für die Gläubiger des Gemeinschuldners vinculirt, den Gemeinschuldner der Fähigkeit entkleidet, über dieses Vermögen zu disponieren. Der Umfang dieses quasi vinculirten Vermögens, das ist des Concursvermögens, ist hier festzustellen. Seine gesetzliche Begrenzung scheint im § 1 C. O. ex professo enthalten zu sein. § 1 C. O. bezeichnet als zum Concursvermögen das der Execution unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners gehörig, welches demselben zur Zeit der Concurseröffnung gehört oder während des Concursverfahrens zufällt.[2])

Darnach sollte man annehmen, dass die Begriffe „Concursvermögen" (Activen des Concurses) und „executionsfähiges Vermögen" einander decken, dass somit die Vinculirung des Concurses sich zwar auf das der Execution unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners beschränkt, dieses aber vollständig erfasst.[3])

---

[1]) Kaserer S. 31 ff.; Kissling S. 11; Schwarz I S. 43 ff., vgl. auch Dernburg, Preuss. Privatr. II S. 285 ff.; Kohler, Lehrb. S. 98 ff., Fitting, Reichsconcursr. S. 117 ff.; Cosack, Anfechtungsr. § 16; Oetker Concursrechtl. Grundbegr. I S. 10 ff.

[2]) Ebenso § 1 ung. C. O., während § 1 der deutschen C. O. nur jenes Vermögen in den Concurs einbezieht, welches dem Gemeinschuldner im Zeitpunkte der Concurseröffnung gehört.

[3]) Dies lehren auch Kaserer u. Schwarz a..a. O., während Kissling zweifelt.

Diese Annahme wäre falsch. Wer glaubte, aus dem § 1 C.O. den Umfang des Concursvermögens genau feststellen zu können, würde fehl gehen. Der dem § 4 der preuss. C.O. vom 8. Mai 1855 entnommene obcitirte Theil des § 1 C.O. bringt nur eine irrige Theorie des Gesetzgebers zum Ausdrucke.[4]) Es ist weder wahr, dass das Concursvermögen nur aus dem der Execution offenstehenden Vermögen des Gemeinschuldners gebildet wird, noch dass dieses oben genannte Vermögen in Gänze zum Concursvermögen gehört. Es ist auch nicht richtig, dass das Gesetz eine solche Begrenzung und Ausdehnung des Concursvermögens, wie § 1 C.O. sie angibt, verlangt oder auch nur erwartet; die §§ 59—63, 92, 96, 145 ff. C. O., die §§ 1235 und 1262a. b. G.B., Art. 8 H. G. u. a. m. sprechen dagegen.

Der § 1 C.O. ist darum nicht mehr als eine ungefähre Bezeichnung des Concursvermögens, die aus andern gesetzlichen Vorschriften ergänzt und eingeschränkt werden muss. Er ist aber auch keine vollgültige Norm über die Zugehörigkeit zum Concursvermögen, sondern nur eine Anweisung (eine instructionelle Vorschrift) an die im Concursverfahren bestellten Organe, wie sie das Concursvermögen feststellen sollen.

II. Es muss darum eine doppelte Untersuchung stattfinden:

A) Es muss der Inhalt aller jener gesetzlichen Bestimmungen untersucht werden, welche festsetzen, was für Objecte Concursvermögen sein sollen; sowie das Gesetz bestimmte Erfordernisse für die Gläubigerqualität im Concurse aufstellt, ebenso handelt es bezüglich des Concursvermögens. Die Gesammtheit dieser Objecte heisst nach einem Vorschlage Oetkers die Soll-Masse.

B) Neben diesen Bestimmungen giebt es solche über die Behandlung jener Objecte, welche zum Concursvermögen thatsächlich gezogen werden. Eine grosse Anzahl von Vorschriften (u. zw. gerade der wichtigsten) sieht völlig davon ab, ob ein Object zur Soll-Masse des Concurses gehört, und verlangt nur, dass es thatsächlich als Concursvermögen behandelt werde. Die Gesammtheit dieser Objecte, welche thatsächlich — ob nun mit Recht oder Un-

---

[4]) Auch die ungar. und die deutsche C. O. konnten sich von diesem Doctrinarismus nicht freimachen; die C. O. hätte sich diese Begriffsbestimmung ebenso ersparen können, wie die ebenfalls im § 1 C. O. erfolgte ausdrückliche Reception der Vertretungstheorie; s. § 47.

recht — als Concursvermögen behandelt werden, heisst nach Oetkers Vorschlag die Ist-Masse des Concurses.

III. ad A) Die Soll-Masse des Concurses wird in folgender Weise begrenzt.

1. Nur Vermögen gehört hierher (§1 C.O.), wobei unter Vermögen nur die Activen verstanden werden (§§ 63, 96 C.O.), d. s. die objectiv verwerthbaren Sachen und Rechte. Es entscheidet über die Verwerthbarkeit nicht die Jurisprudenz, sondern das wirthschaftliche Leben. So sind mit gleichgiltigen Worten beschriebene Papierzettel wohl juristisch ein Werthgegenstand, weil nach § 303 a. b. G. B. ihr Werth ermittelt werden kann; zur Soll-Masse gehören sie jedoch nicht. Ebensowenig bilden jene Retentionsrechte einen Theil derselben, deren Object nicht versilbert werden kann (s. S. 265). Dagegen ist für die Zugehörigkeit zur Soll-Masse irrevelant, ob die Rechte schon fällig sind oder nicht, ob sie bedingt oder unbedingt, klagbar oder nicht klagbar sind. Vermögensrechtlich bereits verwerthete Urheberrechte,[5] das Recht auf eine Marke, das Recht auf die Einlage des Commanditisten,[6] auf den dem Geschäftsantheil gleichen Haftungsbetrag des Mitgliedes einer registrirten Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft mit beschränkter Haftung (§ 85 Genoss. Ges.) sind Vermögenstheile und daher qualificirt, einen Theil der Soll-Masse zu bilden.

Ausgeschlossen sind die höchstpersönlichen Rechte, weil sie nicht objectiv verwerthbar sind. Hierher gehören alle Familien- und Statusrechte: z. B. das Recht des Ehemannes, das Vermögen seiner Gattin zu verwalten, ohne über die Nutzungen Rechenschaft geben zu müssen (§ 1239 a. b. Gb.); das Recht zur Herausgabe einer Zeitung;[7] das vermögensrechtlich noch nicht verwerthete Urheberrecht und ebensolche Erfindungen.[8] Bestritten ist unter den hierher gehörigen Rechten die Zugehörigkeit jenes auf die protocollirte

---

[5]) § 14 des Ges. vom 26. December 1895 R. G. Bl. No. 197; vergl. Anders, Beiträge zur Lehre v. liter. u. artist. Urheberr. S. 135 ff.; Kaiser in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XXI S. 201 ff.

[6]) Pollitzer Handelsr. S. 212 ff.; v. Canstein, Lehrb. d. Handelsr. I S. 45 ff.; 486 ff.; Staub, S. 290.

[7]) Gl.U. No. 10275.

[8]) Der Autor darf zur Verwerthung nicht gezwungen werden; verwerthet er sein Recht freiwillig, so fällt der Erlös in die Masse; s. Anm. 5; abweichend für Erfindungen Kohler Lehrb. S. 273.

Firma des Kaufmanns und der Handelsgesellschaft.[9]) Gehört das Recht auf die Firma zur Soll-Masse? oder, mit andern Worten: darf die Firma im Concurse übertragen werden? Als sicher kann gelten, dass eine solche Firma ohne Zustimmung des Firmeninhabers, also des Gemeinschuldners, nicht übertragen werden kann. Dagegen wird mehrfach behauptet,[10]) dass sie (natürlicher Weise in Verbindung mit dem Handelsgeschäfte, Art. 23 H. G.) vom Masseverwalter mit der Zustimmung des Gemeinschuldners[11]) übertragen werden könne. Allein es stehen dieser Behauptung in ihrer Allgemeinheit zwar keine ausdrückliche Normen, aber drei ernste Bedenken gegenüber. Das eine ist, dass nach § 246 a C. O. der Gemeinschuldner seine Firma (sie bestehe denn aus seinem bürgerlichen Namen) nach der Concursaufhebung regelmässig nicht weiter führen darf;[12]) diese Firma soll verschwinden, sie soll also auch nicht übertragen werden. Das zweite Bedenken beruht darauf, dass nach Art. 123, 170, 202, 242 H. G. die protokollirten Handelsgesellschaften durch den Concurs (im Allgemeinen) nothwendigerweise[13]) aufgelöst werden, somit ihre Firma nicht übertragen können: es würde nun eine durch nichts gerechtfertigte Ungleichmässigkeit sein, dem Einzelkaufmann im Concurse die Uebertragung seiner Firma zu gestatten, der Handelsgesellschaft dagegen sie zu versagen. Das dritte Bedenken besteht gleichfalls bei den protocollirten Handelsgesellschaften, und beruht darauf, dass nach § 199 C. O. über die protocollirte Handelsgesellschaft als solche (welche nicht wie ein Einzelkaufmann neben der Firma noch einen bürgerlichen Namen führt) der Concurs eröffnet wird; würde nun im Concurse die Firma veräussert, so hätte man einen namenlosen Gemeinschuldner oder einen solchen, dessen Name auch von jemand Anderem geführt würde[14]). Aus diesen drei Bedenken muss die

---

[9]) Staub S. 44; Pollitzer, Handelsr. S. 71; Schwarz II S. 44; Gierke, dtsches. Privatr. I S. 725.

[10]) Schwarz u. Pollitzer a. a. O., Adler-Clemens No. 1171.

[11]) Allein kann der Gemeinschuldner die Firma wegen des Art. 23 H. G. nicht veräussern.

[12]) Ausnahmen: § 253 C. O. (Zwangsausgleich und Vergleich); s. unten im Text.

[13]) Staub S. 215; v. Canstein, Lehrb. d. Handelsr. I S. 602; Pollitzer, Hdlsr. S. 172; s. auch Anmerkung 15.

[14]) Bei reg. Erwerb- und Wirthschaftsgenossenschaften ist die Ueber-

Zulässigkeit der Veräusserung einer Firma im Concurse im Allgemeinen verneint werden. Nur in dem Ausnahmsfalle, dass der Concurs durch Vergleich oder Zwangsausgleich beendet wird,[15] ist die Uebertragung der protocollirten Firma (zwar nicht während des Concurses, aber) derart zulässig, dass mit der Concursaufhebung der Firmenübergang erfolge; diese aus § 253 C. O. für den Einzelkaufmann resultirende Ausnahme gilt der Gleichmässigkeit halber auch für die protocollirten Handelsgesellschaften.

2) Zur Soll-Masse des Concurses gehört grundsätzlich nur Vermögen des Gemeinschuldners.[16] Dieser im § 1 C. O. ausgesprochene Satz folgt aus dem Grunde des Concursverfahrens, nämlich aus der Unfähigkeit des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu befriedigen; da nur er in dieser Lage ist, so wird nur sein Vermögen von dem Concurse getroffen. Aus diesen Sätzen folgt andererseits, dass auf Vermögen des Gemeinschuldners, z. B. auf seine Forderungen wider Dritte (Art. 258 G.H.) nicht die einzelnen concurrirenden Gläubiger greifen dürfen, sondern nur der Masseverwalter.

Von diesem im § 1 C. O. ausgesprochenen und allgemein anerkannten Satze giebt es jedoch scheinbare und wirkliche Ausnahmen. Die scheinbaren Ausnahmen bilden der keiner weiteren Erörterung bedürftige Concurs der offenen Handelsgesellschaft und das Anfechtungsrecht. Die Anfechtungsansprüche (einschliesslich des im Art. 259 H. G. normirten) stehen dem Gemeinschuldner nicht zu und bilden daher keinen Theil seines Vermögens. Würden sie einen Bestandtheil des Concursvermögens bilden, so läge eine wirkliche Ausnahme von dem § 1 C.O. vor; aber nach § 17 Anf. Ges. gehören nicht die Anfechtungsansprüche, sondern nur ihr Effect zum Concursvermögen.

---

tragung der Firma ohnediess unzulässig, wenn sie keine Handelsgeschäfte betreiben.

[15]) Gareis-Fuchsberger, d. allg. dtsche. Handelsg. S. 254. Anm. 154; Staub u. Pollitzer behaupten (auf den Wortlaut des Art. 123 gestützt), dass nicht der Concurs, sondern die Concurseröffnung die Gesellschaft auflöse; sie müssten consequenter Weise die im Texte gemachte Ausnahme ablehnen, was aber Staub S. 215 nicht thut.

[16]) Ob auch seine Lebensversicherungspolicen? Verneinend Gl.U. No. 13981; vgl. auch Gl. U. No. 8678. Die Frage ist eine quaestio facti und beantwortet sich darnach, welche Rechte der Versicherungsnehmer hat;

Dagegen sind wirkliche Ausnahmen von dem Grundsatze, dass nur Vermögen des Gemeinschuldners die Soll-Masse bilde, die Fälle der ehelichen Gütergemeinschaft auf Todesfall[17]) und der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften mit beschränkter Haftung; in beiden Fällen handelt es sich um eine ex lege entstehende, mehr oder minder beschränkte Haftung für fremde Schulden.[18])

a) Die eheliche Gütergemeinschaft auf den Todesfall[19]) bildet in ihren Wirkungen eine Ausnahme von dem Grundsatze des bürgerlichen Rechtes, dass die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten durch die Ehe nicht berührt werden. Dieser Grundsatz gestattet nicht, den einen Ehegatten für die Schulden des andern in Anspruch zu nehmen. Das führt nun in dem Falle zu starken Unbilligkeiten, dass unter den Ehegatten eine Gütergemeinschaft (auf Todesfall) besteht, weil hiedurch eine Gemeinschaft der Activen (der Vermögen), nicht aber der Schulden herbeigeführt würde.[20]) Die Redactoren des a. b. G. B. haben sich solcher Erwägung allerdings verschlossen;[21]) sie wollten auch für den vorliegenden Fall von ihrem obgenannten Grundsatze nicht abweichen. Aber zum Glück entspricht das Gesetz ihren Absichten nicht. Zwar zieht die dem Todesfalle im § 1262 a. b. Gb. gleichgestellte Concurseröffnung über das Vermögen des einen Ehegatten

---

kann er z. B. die Police frei verpfänden, so gehört sie zum Concursvermögen; s. Ehrenzweig, Zweigliedrige Verträge S. 157 ff.

[17]) Die Gütergemeinschaft unter Lebenden ist keine Vermögens-, sondern eine Sachengemeinschaft, bietet daher im Concurse nichts Besonderes; s. Randa Eigenthumsr. I S. 496 ff.; a. M. Sponner, Einfluss des Concurses auf die ehel. Gütergemeinschaft (G. Z. 1896 S. 275 ff.); Krainz-Pfaff II S. 379: Rechte und Pflichten werden gemeinschaftlich.

[18]) Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners S. 19 ff., 397 ff. Auch andere Fälle der beschränkten Haftung als die im Texte genannten spielen im Concurse eine Rolle, so jene der Art. 165, 258, 259 H.G.

[19]) Krainz-Pfaff II S. 378 ff., 404 f., Schwarz I S. 43 (unrichtig), II S. 137; Randa a. a. O.; v. Canstein, Lehrb. d. Handelsr. I S. 674; Ullmann in Grünhut's Ztsch. IV. S. 107 ff.; Krasnopolski in Grünhut's Ztsch. IX. S. 575 ff.; Sponner a. a. O. No. 32 f.; Gl. U. No. 5838, 6158, 6173, 10529. Vgl. auch Frankl, Zur Revision des österr. Concursrechts (im Jur. Vtljschr. XXVII. S. 92 ff.).

[20]) Koch, Comm. S. 93 ff.

[21]) Ofner, Protokolle II. S. 148 ff.

nicht jene über das Vermögen des anderen nach sich; aber in diesem Falle tritt eine beschränkte Haftung des nicht in Concurs verfallenen Ehegatten für die Verbindlichkeiten des durch das Band der Ehe mit ihm verbundenen Gemeinschuldners ein. Diese beschränkte Haftung ist keine persönliche, sondern eine sachliche; sie besteht darin, dass für die Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners der dem anderen Ehegatten gehörige Theil des gemeinschaftlichen Vermögens (§ 1262 a. b. Gb.) haftet, und zwar für alle wie immer gearteten Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners dann, wenn die Gütergemeinschaft eine allgemeine war; war sie nur eine partikuläre, so beschränkt sich die Haftung auf jene Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners, welche zum Nutzen des gemeinschaftlichen Vermögens übernommen wurden (§ 1235 a. b. Gb.)[22]. Diese beschränkte Haftung des einen Ehegatten für den andern findet im Falle des Art. 8 H.G., also dann, wenn die Ehefrau eine Handelsfrau ist und als solche in Concurs geräth, noch eine Erweiterung. Nach Art. 8 H.G. haftet dann das der Gütergemeinschaft unterzogene Vermögen für alle Handelschulden der Gemeinschuldnerin;[23] die Erweiterung, welche Art. 8 H.G. gegenüber dem § 1235 a. b. Gb. trifft, besteht also darin, dass rücksichtlich aller Handelsschulden der Ehegattin das ganze gemeinschaftliche Vermögen ohne Rücksicht darauf haftet, ob die Gütergemeinschaft eine allgemeine oder eine particuläre ist.

Die aus der Gütergemeinschaft entspringende Haftung ist eine gesetzliche; sie kann darum durch entgegenstehende Vereinbarungen der Ehegatten nicht geändert werden; dagegen steht, so unbillig dies ist, den Ehegatten jederzeit frei, die Gütergemeinschaft selbst vorzeitig durch eine entgegengesetzte Vereinbarung aufzulösen,[24] und so im Concursfalle auch ältere Gläubiger um einen Theil der Befriedigungsmittel zu bringen.[25]

---

[22]) Die im § 1236 a. b. Gb. vorgesehenen Intabulationen ändern diese beschränkte Haftung nur gegenüber den Realgläubigern, nicht auch gegen andere Gläubiger des Gemeinschuldners; a. M. Ullmann S. 119 ff.

[23]) v. Canstein a. a. O. I. S. 197; Pollitzer S. 54 ff.; Sponner a. a. O. S. 276 ff.; Ullmann a. a. O. S. 147 stellt diesen Fall des Art. 8 H.G. dem Falle des § 1235 a. b. Gb. völlig gleich.

[24]) Gl.U. No. 4183.

[25]) Diese Unbilligkeit wird durch § 3 Anf. Ges. vermindert.



Die Geltendmachung der Ansprüche auf diese beschränkte Haftung geschieht im Concurse nicht durch Klagen der einzelnen Gläubiger des Gemeinschuldners wider den nicht in Concurs verfallenen Ehegatten,[26]) sondern dadurch, dass der Masseverwalter das gemeinschaftliche Vermögen, also auch den Antheil, welcher nicht dem Gemeinschuldner gehört, in die Concursmasse (Soll-Masse) einbezieht und zur Befriedigung jener concurrirenden Gläubiger des Gemeinschuldners verwendet, welche auf diese Vermögensmasse Anspruch haben.[27]) Nach erfolgter Befriedigung, also in der Regel nach der Aufhebung des Concurses, erfolgt dann die Auftheilung des restlichen gemeinschaftlichen Vermögens unter die Ehegatten.[28])

b) Bei der registrirten Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft mit beschränkter Haftung haftet jedes Mitglied im Falle des Concurses der Genossenschaft (insoferne der Gesellschaftsvertrag nicht einen höheren Haftungsbetrag festsetzt) nicht nur mit seinen Geschäftsantheilen, sondern auch noch mit einem weiteren Betrage in der Höhe derselben (§ 76 Genoss. Ges.). Obwohl diese Mitglieder im Concurse der Genossenschaft nicht Gemeinschuldner sind, bestimmt § 85 Genoss. Ges. dennoch, dass der Masseverwalter die Haftungsbeträge auf Grund einer von ihm verfassten Beitragsberechnung zum Concursvermögen[29]) (d. i. zur Soll-Masse) einzuziehen hat.[30]) Durch Einzahlung des vollen Haftungsbetrages an die Concursmasse befreit sich übrigens das Mitglied von seiner Haftung.[31])

Bei den registrirten Erwerbs- und Wirtschaftsgenossen-

---

[26]) Sponner a. a. O.; Gl.U. No. 2770; 13615. Die Gläubiger des nicht in Concurs verfallenen Ehegatten behalten ihr Klagerecht.

[27]) Ullmann a. a. O. S. 115 bringt den § 1262 a. b. Gb. unter § 22 C.O. und stellt es dem Masseverwalter frei, ob er in den Gütergemeinschaftsvertrag eintreten wolle oder nicht. — Der nicht in Concurs befindliche Ehegatte ist hinsichtlich seines Antheiles am gemeinschaftlichen Vermögen kein Concursgläubiger; vgl. auch Gl.U. No. 2770.

[28]) Gl.U. No. 2771; Stubenrauch, Comm. II S. 495.

[29]) Krasnopolski in Grünhut's Ztsch. VIII. S. 101 ff.; Baudiss, Voraussetzungen der Execution gegen die Mitglieder einer Genossenschaft (in Mitt. d. Prager dtsch. Jur. Ver. XVI. S. 36); Adler-Clemens No. 1210; a. M. Stross, Genossenschaftsr. S. 165 ff.

[30]) § 85 Gen. Ges. sagt ungenau: „berechtigt“ ist.

[31]) A. M. Adler-Clemens No. 217 A.

schaften mit unbeschränkter Haftung erfolgt die Beitragsberechnung nicht vom Masseverwalter, sondern vom Vorstande; sie geschieht überdies nach der Fertigstellung des Schlussvertheilungsentwurfes, und zieht daher die Beiträge nicht zur Soll-Masse.[32])

3) Zum Concursvermögen soll nur das der Execution unterliegende Vermögen gezogen werden, dieses aber ganz; so sagt § 1 C.O. Diese Bestimmung ist ohne genügende Ueberlegung dem § 1 der preuss. C.O. entnommen; man vergegenwärtigte sich hierbei nicht, wie viele und wie verschiedenartige Executionsbefreiungen es gab;[33]) manche derselben, so z. B. die Unpfändbarkeit von Postsendungen sind im Concurse unanwendbar (§ 89 C.O.), bei anderen z. B. jener von Monturstücken ist ihre Anwendung im Concurse unbillig. Einschränkende Interpretationen würden daher beim § 1 C.O. am Platze sein; leider hat Art. XII. des Einf. Ges. zur E.O. sie unmöglich gemacht. Er erklärt (freilich in ungenauer Fassung,[34]) aber doch ausdrücklich), dass alle Executionsbefreiungen in Ansehung von Sachen, Rechten und Forderungen auch für das Concursverfahren gelten. So bleibt denn nichts übrig, als diesen Satz anzuerkennen und stricte dahin zu interpretiren, dass, wie einerseits die Executionsfreiheit auch Concursfreiheit bedeutet, so andererseits nur die volle Executionsfreiheit diesen Effect hat, dagegen nicht die Unzulässigkeit bestimmter Executionsarten (vgl. z. B. § 319 E. O.) oder von Sicherstellungsmitteln, z. B. des Verbotes auf Lottogewinnste,[35]) und auch nicht das nur für bestimmte Ansprüche normirte Executionsverbot z. B. der Brandschadenversicherungssummen (s. § 53 Anm. 13; § 290 Z. 2. E. O.).

Privatautonome Vorschriften, durch welche dem Gemeinschuldner ein Vermögen mit dem modus der Unzulässigkeit der (freiwilligen und executiven) Verpfändung oder der sonstigen Execution zugewendet wurde, behalten im Concurse ihre Wirkung, insoferne

---

[32]) Adler-Clemens No. 1210, 1211, 1249.

[33]) S. Schwarz I. S. 45.

[34]) Er citirt die Art. VI—XI Einf.G. z. E.O. als im Concursverfahren anwendbar, während es sich schon prima facie ergiebt, dass Art. IX Z. 7, Art. X Abs. 2 u. Art. XI im Concurse keine Anwendung finden. Die Executionsbefreiungen sind in den Art. VI—XI des E. G. zur E. O., und in den§§ 250—252, 290—292, 330 E.O. enthalten.

[35]) Art. X Einf. G. zur E. O.; § 22 Lottog.; Lottogewinne gehören demnach in die Concursmasse.

der Zuwendende zur Setzung des modus berechtigt war, und das Anfechtungsrecht nicht eingreift.

4) Das Territorialprincip schränkt den im § 1 C.O. ausgesprochenen Satz dahin ein, dass die inländische, d. i. die bei einem inländischen Gerichte geführte Concursverhandlung wohl das gesammte bewegliche Concursvermögen,[36]) von dem unbeweglichen Vermögen aber nur das im Inlande gelegene umfassen soll (§ 59 C.O.); dieses Territorialprincip[37]) lässt sich freilich nicht immer durchführen, so z. B. dann nicht, wenn im Auslande über Vermögen desselben Gemeinschuldners bereits ein Concurs eröffnet ist.[38]) In Consequenz des entwickelten Grundsatzes soll im Inlande gelegenes Immobiliarvermögen niemals in ein ausländisches Concursverfahren einbezogen werden; inländisches Mobiliarvermögen ist dagegen auf Verlangen dem ausländischen Concursgerichte zu übergeben (§ 61 C.O.); bis zu diesem Verlangen steht es im Inlande der Execution offen.[39])

Die Beurtheilung der hiernach sehr relevanten örtlichen Situation eines Vermögensstückes oder jene seiner Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit geschieht auf der Grundlage des Privatrechtes.[40])

5) Zur Soll-Masse gehört nach § 1 C.O. sowohl jenes Vermögen, welches der Gemeinschuldner bei der Concurseröffnung hat, als auch jenes, welches ihm während des Verfahrens zufällt;[41]) auch dieser Satz muss mehrfach eingeschränkt werden.

Vor allem sind die sub 1—4 enthaltenen Bestimmungen zu beachten, auf Grund welcher manche Vermögenstheile des Gemeinschuldners nicht zur Soll-Masse zu ziehen sind. Hiezu kommt noch:

a) was der Gemeinschuldner während des Concurses durch persönliche Thätigkeit[42]) (sei es auch für die Concursmasse) er-

---

[36]) Gl.U. No. 6241, 6398.

[37]) Ebenso § 73 ung. C.O.; zustimmend Frankl a. a. O. S. 129; abweichend § 207 dtsch. C.O.

[38]) Gl.U. No. 6398.

[39]) Schwarz I. S. 265; Gl.U. No. 10071, 12393, 14495; a. M. Entscheidung vom 12. April 1893 Z. 4419 (Jur.Bl. 1893 S. 531).

[40]) Vgl. Gl.U. No. 5948, 11102.

[41]) Ebenso § 1 ung. C.O.; unzweckmässiger Weise weicht § 1 dtsch. C.O. ab.

[42]) § 5 C.O. sagt: „durch eigenen Fleiss“.

wirbt, und braucht, um gesetzlichen Alimentationspflichten zu genügen, oder den eigenen nothwendigen Unterhalt zu bestreiten[43]) (§ 5 al. 1 C.O.; s. S. 30 I);

b) was der Gemeinschuldner zum Unterhalte aus der Concursmasse zugewiesen erhält[44]) (§ 5 al. 3 C.O.).

Mit diesen Ausnahmen wird die Soll-Masse des Concurses aus dem Vermögen d. i. den Activen gebildet, welche der Gemeinschuldner bei der Concurseröffnung hat, und jenen, welche ihm während des Verfahrens bis zu seinem förmlichen Abschlusse, der Concursaufhebung zufallen. Was dem Gemeinschuldner nach der Concursaufhebung zufällt, gehört nicht zur Soll-Masse; nur in dem Falle der Wiedereröffnung des Concurses wegen Nichtigkeit der Zwangsausgleiches (§ 243 C. O.) wird auch jenes Vermögen in den fortgesetzten Concurs einbezogen, welches nach der (ersten) Concursaufhebung dem Gemeinschuldner zufiel, eine Ausnahme,[45]) welche in dem Grunde dieser Fortsetzung des Concursverfahrens ihre Rechtfertigung findet (s. § 79). Unter dem terminus „zufällt“ ist hier jegliche Art des Vermögenserwerbes, sowohl die entgeltliche, als die unentgeltliche, sowohl die unter Lebenden als die von Todes wegen zu verstehen.[46]) Wesentliche Vermögensvermehrungen während des Concurses sind wohl nur im Erbwege zu erwarten; darum trifft das Gesetz auch nur für diesen Fall eine besondere Obsorge, indem § 4 C.O. den Masseverwalter[47]) ermächtigt, im Namen des Gemeinschuldners Erbschaften (welche der Gemeinschuldner nicht schon selbst unbedingt oder bedingt angetreten hat) cum beneficio inventarii anzutreten, und Vermächtnisse anzunehmen;[48]) ob der Anfall des Vermögens vor der Concurseröffnung oder während des Verfahrens erfolgte, ist irrelevant.

---

[43]) Frankl, Zu § 5 C.O. (in Jur. Viertelj. 1889 S. 132 ff.); Deutsch, Wieviel kann der Gemeinschuldner während des Concurses für sich erwerben? (G.H. 1892 No. 33); Ofner, Wem gehört der Erwerb des Gemeinschuldners während des Concurses? (G.H. 1892 No. 52); Schwarz II S. 165; ung. C.O. § 5.

[44]) Gl.U. No. 4020, 7086.

[45]) Im Falle des § 190 C. O. hat sie nicht statt; s. § 79.

[46]) Kissling S. 12; a. M. Kaserer S. 31; Schwarz I S. 53 f. eine Mittelmeinung vertritt v. Schrutka, Compensation S. 71.

[47]) § 4 C.O. sagt: „der Gläubigerschaft“; s. §§ 33, 47.

[48]) Vgl. auch § 13 Z. 1 Anf. G.; hiezu Burckhardt, System II S. 446 A. 10., Krasnopolski in Jur. Vtljschr. XVIII S. 6 ff..



6. Das ganze sub 1—5 genannte Vermögen soll zum Concursvermögen herangezogen werden; ein Particularconcurs, wie ihn die C. O. vom 1. Mai 1781 normirte, ist als Regel ausgeschlossen. Von diesem Grundsatze der (allerdings sub 1—5 eingeschränkten) Universalität bilden weder die Vorschriften über die Realgläubiger,[49]) noch jene über den Nachlassconcurs Ausnahmen. Die ersteren nicht, weil die Verwerthung der den Realgläubigern haftenden besonderen Masse mit dem Concursverfahren doch nur äusserlich zusammenhängt (s. § 53); die Vorschriften über den Nachlassconcurs deshalb nicht, weil während der Nachlassabhandlung der Nachlass ein selbständiges Vermögen bildet.[50]) Der Nachlassconcurs, welcher zwar nur den Nachlass, diesen aber ganz zu ergreifen hat, ist darum kein Particularconcurs.[51])

Es giebt jedoch im Gebiete der C.O. auch Particularconcurse, und zwar in folgenden Fällen:[52])

a) über das im Inlande gelegene Immobiliarvermögen einer Person, über deren Vermögen im Auslande der Concurs eröffnet worden ist (§ 61 C. O.); freilich müssen für diese Concurseröffnung im Inlande die allgemeinen Voraussetzungen einer Concurseröffnung vorhanden sein,[53]) der ausländische Concurs als solcher ist kein Concurseröffnungsgrund;

b) über das im Inlande gelegene Mobiliar- (und Immobiliar-) Vermögen einer Person, über deren Vermögen im Auslande der Concurs eröffnet ist, dann wenn wider diesen fremden Staat Retorsion geübt und ihm darum das inländische Mobiliarvermögen nicht ausgefolgt wird (§ 61 C.O.);

c) über das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft, da die-

---

[49]) A. M. Exner, Hypothekenr. S. 559. Die im § 53 dargestellten Normen der §§ 163 ff. C. O. sind durch die E. O. nicht ausdrücklich aufgehoben worden, und gelten daher als leges speciales für die Geltendmachung der Rechte der Realgläubiger im Concurse fort.

[50]) Vgl. Unger, Syst. VI S. 146, 158 ff., Krainz-Pfaff II S. 552 ff.; über die geschichtliche Entwicklung der Selbständigkeit des Nachlassvermögens Hofmann, Zur Lehre vom beneficium inventarii und der separatio bonorum (in Grünhut's Ztschr. VIII S. 555 ff.).

[51]) A. M. anscheinend Schwarz I S. 115 f., gestützt auf § 115 al. 2 C. O.

[52]) Die im § 61 C. O. berufenen Staatsverträge haben keinen Fall des Particularconcurses geschaffen.

[53]) Gl. U. No. 11324; s. oben § 14 Anm. 14.

selbe keine juristische Person, ihr Vermögen daher aus Theilen der Vermögen der einzelnen Gesellschafter zusammengesetzt ist;[54]) der Concurs über das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters ist dagegen kein Particularconcurs;

d) über das Vermögen der Commandit- und Commanditactiengesellschaft (§ 199 C. O.) aus den sub c erörterten Gründen;

e) über das Vermögen einer registrirten Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft mit unbeschränkter Haftung, weil hier die Haftungsbeträge der einzelnen Mitglieder nicht zum Concursvermögen gehören.[55])

IV. Die Soll-Masse eines Concurses setzt sich demnach, wie die Ausführungen sub III ergeben, nicht aus dem der Execution unterliegenden Vermögen des Gemeinschuldners (§ 1 C.O.) zusammen, sondern besteht

a) bei dem die Regel bildenden Universalconcurse aus dem ganzen inländischen objectiv verwerthbaren Vermögen und dem im Auslande gelegenen objectiv verwerthbaren Mobiliarvermögen des Gemeinschuldners, sowie den durch das Gesetz besonders genannten gleichartigen Vermögenstheilen anderer Personen, insoferne die Bestandtheile dieser Vermögen allein oder in Verbindung mit einander der Execution zur Befriedigung aller Ansprüche ausserhalb des Concurses offen stehen, oder ihr nur für bestimmte Ansprüche entzogen sind;

b) bei den Particularconcursen aus den vom Gesetze für jeden einzelnen Fall eines solchen Concurses bezeichneten Vermögenstheilen, deren Bestandtheile die sub a bezeichnete Beschaffenheit haben.

Diese Soll-Masse zusammenzubringen und zu versilbern, sowie dann ihren Erlös unter die concurrirenden Gläubiger zu vertheilen, ist dem Grundgedanken nach die Aufgabe des Masseverwalters. Aber die C.O. kann nicht daran denken, die Rechtswirkung einzelner rücksichtlich des Concursvermögens gesetzten Acte von der Befolgung ihrer Sätze über die Soll-Masse abhängig zu machen.

---

[54]) v. Canstein, Lehrb. d. Handelsr. I S. 201 ff.; vgl. auch Karl Adler, Zur Entwicklungslehre u. Dogmatik S. 70 ff., und Hruza „Juristische Personen“ im österr. Staatswörterb. II S. 198.

[55]) Baudiss a. a. O. S. 55 ff.; a. M. Wachtel in G. H. 1880, No. 51; über die streitige Frage nach der juristischen Natur dieser Genossenschaften s. Krasnopolski in Grünhut's Ztschr. VIII S. 54 ff., Grünhut in G. Z. 1872 No. 30 ff.



So gut das Bedürfniss der Rechtssicherheit im Civilprocesse den Satz geschaffen hat: res iudicata pro veritate accipitur, sowie dasselbe Bedürfniss die Rechtswirkungen des Concursverfahrens von dem Vorhandensein der Voraussetzungen der Concurseröffnung fast ganz unabhängig gemacht hat (s. S. 46 ff.), und vielfach an die Stelle der Concursgläubiger die concurrirenden Gläubiger setzte (s. S. 208 ff.), ebenso fordert die Rechtssicherheit, dass die Rechtswirkungen der Zugehörigkeit eines Objectes zur Concursmasse nicht davon abhängen, dass dieses Object zur Soll-Masse des Concurses gehöre. Beispiele werden dies klar machen: der Masseverwalter zieht ein Object in die Concursmasse und will es veräussern; wer wird es kaufen, wenn er seinerseits prüfen müsste, ob es zur Soll-Masse gehört, um sicher zu sein, dass ihm das Object nicht in der Folge von einem Dritten evincirt wird? Oder der Masseverwalter zieht einzelne zur Soll-Masse gehörige Objecte nicht zur Concursmasse, sei es, dass er sie nicht kennt, oder dass sie ihm allzu unerheblich scheinen;[56] soll die Möglichkeit der rechtsgiltigen Concursaufhebung davon abhängen, dass wirklich die ganze Soll-Masse zusammengebracht ist, und wie soll dies festgestellt werden?

Es ist darnach nothwendig, die Vorschriften des Gesetzes über die Soll-Masse ebenso aufzufassen, wie jene über die Voraussetzungen der Concurseröffnung und über die Liquidirungserklärungen. Sie begründen Amtspflichten; aber die Rechtswirkungen der Zugehörigkeit zur Concursmasse hängen nicht von der Erfüllung der Amtspflichten, sondern von ungleich sinfälligeren Momenten ab. Diese sind nun zu entwickeln.

V. Ad B). Es handelt sich hier um die Ist-Masse, d. h. um die Gesammtheit jener Objecte, welche thatsächlich zum Concursvermögen gezogen sind.[57] Dass sich die Ist-Masse von der Soll-Masse sowohl dadurch unterscheiden kann, dass sie grösser, als dadurch, dass sie kleiner ist als diese, erweisen die obigen Beispiele. Woran knüpft nun die C. O. die Zugehörigkeit eines Objectes zur Ist-Masse, und welche Rechtswirkungen entstehen aus dieser Zugehörigkeit? Welche Wirkungen haben insbesondere die Hand-

[56]) Vgl. R. O. H. G. XVI S. 358 ff.; Seuffert's Archiv III No. 245; VI No. 113: XVIII No. 285; XIX No. 196, und die Belege bei Stobbe, Zur Gesch. d. dtsch. Conc. S. 58 ff.

[57]) Oetker, Concursrechtl. Grundbegr. I S. 10.

lungen des Masseverwalters rücksichtlich jener Objecte, die wohl zur Ist-Masse, aber nicht zur Soll-Masse gehören?

Die C.O. hat sich diese Fragen nicht gestellt; sie verwendet den terminus „Concursmasse“ sowohl zur Bezeichnung der Soll-Masse als der Ist-Masse; dem Gesetzgeber ist das Problem, entsprechend dem damaligen Stande der Theorie, nicht zum Bewusstsein gekommen. Dennoch kann es aus den §§ 26, 92, 146, 147, 148, 164 und 190 C.O. befriedigend gelöst werden.

Aus dem § 92 C.O. ergiebt sich, das zum „Concursvermögen“ pflichtgemäss nicht bloss jene Objecte zu ziehen sind, welche hiezu gehören, sondern auch jene, welche möglicherweise hiezu gehören. Nun ändert allerdings die Aufnahme eines Objectes in das Concursinventar nichts an den Rechten bezüglich dieses Objectes (s. § 58 II). Aber das Inventar dient dem Masseverwalter zur „Richtschnur“ dafür, welche Objecte er als Concursvermögen zu behandeln hat; auf Grund des Inventars besorgt er die Versilberung der Masse. Damit ist schon festgestellt, dass die Versilberung Objecte mit Rechtswirkung für das Concursverfahren ergreifen kann, welche nicht zur Soll-Masse gehören. Sollte dieselbe wider Dritte ohne Rechtswirkung sein?

Dem widerspricht wenigstens bezüglich der dinglichen Rechte an Mobilien und den denselben gleichzuhaltenden unverbücherten Immobilien § 26 C.O., welcher normirt, dass Rückforderungsberechtigte nur von der „Concursmasse“ ihr Object oder dessen Entgelt, von den Dritten aber (in deren Hände das Object gekommen ist) nur das von denselben noch dem Concursvermögen geschuldete Entgelt, nicht aber das Object fordern dürfen; das Recht des Rückforderungsberechtigten auf sein Object ist dadurch erloschen, dass dieses Object aus der Masse an einen gutgläubigen Dritten gelangt ist, und der Rückforderungsberechtigte darf vom Dritten nichts fordern, was nicht der Masseverwalter von diesem Dritten noch fordern dürfte. § 26 C. O. geht hiebei soweit, dass er nicht einmal voraussetzt, das Object sei in das Inventar aufgenommen gewesen. Damit wäre allerdings kein neuer Rechtssatz gewonnen, wenn diese Veräusserung im Wege der öffentlichen Versteigerung oder nach § 268 E. O. erfolgte; denn in diesem Falle decken schon § 367 a. b. Gb. und § 269 E. O. den redlichen Erwerber. Aber nach den §§ 144—148 C. O. ist eine solche Veräusserung auch mit theilweiser oder gänzlicher Umgehung der Normen des Executionsverfahrens, somit auch aus freier Hand zulässig. Diesen Fall deckt

§ 367 a. b. Gb. nicht, und wir gewinnen darum aus § 26 C.O. den neuen Rechtsatz: wer vom Masseverwalter auf Grund seiner gehörigen Legitimation ein nicht verbüchertes Object als aus der Concursmasse stammend bona fide[58]) erwirbt, erlangt daran Eigenthum.[59])

Auf obligatorische Rechte bezieht § 26 C. O. sich allerdings in dem hier besprochenen Theile nicht (s. § 60 I). Am Verhältnisse zu Dritten ändert darum die Hereinziehung einer Forderung in die Masse nichts; hatte der Gemeinschuldner keinen Anspruch auf die geschuldete Leistung, sondern ein Dritter, so kann der Masseverwalter diesen Anspruch einem Erwerber nicht (wie ein dingliches Recht) übertragen,[60]) es sei denn, das Privatrecht ermögliche dies auch sonst (z. B. Art. 307 H. G.); in diese Rechtsverhältnisse zu Dritten greift die Concursordnung also nicht ein. Intern aber, im Verhältnisse zwischen dem Masseverwalter, den Gläubigern und dem Gemeinschuldner wirkt die Veräusserung eines obligatorischen ebenso wie die eines dinglichen Rechtes; der Verlust des Rechtes für den Gemeinschuldner, der Erwerb des Erlöses für die Masse ist unabhängig von der Rechtmässigkeit der Handlungen.

Durch die bisher besprochenen Normen ist eine Erweiterung der Ist-Masse gegenüber der Soll-Masse vorhergesehen. Aber die C.O. entscheidet auch den Fall, dass die Ist-Masse geringer als die Soll-Masse ist; sie setzt in den §§ 164 und 190 C.O. geradewegs voraus, dass zur Soll-Masse gehörige Objecte nicht zur Ist-Masse gezogen werden, und sie macht die Concursaufhebung nicht von der Vertheilung der Soll-Masse, sondern von jener des „bekannten Massevermögens“ d. i. der Ist-Masse abhängig (§§ 187, 189 C. O.). Kommt nachträglich ein Vermögenstheil hervor, der zur Soll-Masse gehört, so ist der Concurs in der Regel wieder zu eröffnen (§ 190 C. O.); bleibt er aber verborgen, oder ist der Concurs nach § 155 C. O., durch Vergleich oder durch Zwangsausgleich beendet, so ist die Concursaufhebung dennoch rechtswirksam.

Aus diesen Auseinandersetzungen ergiebt sich, dass als Ist-Masse sich darstellt die Summe jener Objecte, welche

---

[58]) Dieser im § 26 C. O. nicht enthaltene Beisatz ergibt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

[59]) Vgl. auch § 269 E. O.

[60]) S. darum auch § 146 Abs. 3 letzter Satz C. O.

der Masseverwalter als Concursvermögen behandelt.[61]) An diese Ist-Masse, und nicht an die Soll-Masse knüpft die C.O. die Wirkungen des Concurses. Mit Ausnahme der verbücherten Immobilien, für welche die Normen des allgemeinen Privatrechts und des Grundbuchsgesetzes auch im Concurse aufrecht bleiben, gelten intern, d. i. im Verhältnisse zwischen dem Gemeinschuldner, den Concursorganen und den Gläubigern alle zum Concursvermögen gezogenen Vermögensstücke, und gegenüber gutgläubigen Dritten die körperlichen Objecte insolange als Concursvermögen, als sie von den zuständigen Concursorganen als solches behandelt werden. Die einzelnen Folgen dieses Grundsatzes werden an den gehörigen Orten dargestellt.

VI. Das sinfällige Moment, nach welchem die Zugehörigkeit eines Vermögenstheiles zur Masse (namentlich von Dritten) beurtheilt wird, ist also die thatsächliche Behandlung eines Objectes als Bestandtheil der Masse durch den hiezu durch sein Amt und die etwa erforderliche besondere Legitimation (§§ 147, 148 C. O.) berufenen Masseverwalter. Um der Rechtssicherheit willen knüpft die C. O. die Rechtswirkungen der Zugehörigkeit zum Concursvermögen nicht an jene Voraussetzungen, welche sub III auseinandergesetzt wurden, sondern (bona fides des Dritten vorausgesetzt) an dieses sinfällige Moment.[62]) Die Soll-Masse wünscht das Gesetz, an die Ist-Masse knüpft es die Rechtswirkungen.

Damit ist jedoch nicht gesagt, dass es dem Gesetze gleichgiltig erscheint, ob die Ist-Masse der Soll-Masse entspricht oder nicht. Wäre dem so, dann hätte die C. O. ja die Bestimmungen über die Soll-Masse ersparen können. Aber diese Indifferenz besteht hier ebensowenig, wie bei den Voraussetzungen der Concurseröffnung. Vielmehr sorgt das Gesetz durch die Statuirung einer Amtspflicht der Organe des Concursverfahrens, ferner einer Auskunftspflicht des Gemeinschuldners und der Realgläubiger, endlich einer Schadenersatzpflicht dafür, dass die Ist-Masse nach Möglichkeit der Soll-Masse entspreche;[63]) nur sollen die Rechtswir-

---

[61]) Ausnahme: wenn der Dritte mala fide ist; dagegen ist die Executionsfähigkeit an sich kein Erforderniss der Zugehörigkeit zur Ist-Masse (arg. ex § 26 C.O.).

[62]) Die verbücherten Immobilien sind hievon ausgenommen.

[63]) Auch das Concursedict und die anderen im § 23 III genannten Massregeln dienen demselben Zwecke.

kungen des Concurses nicht von dieser immer schwankenden Möglickeit abhängen.

§ 58. Die Ermittlung und Feststellung der Activen (das Inventar).

I. Die Ermittlung und Feststellung des Activstandes im Concurse ist eine Amtspflicht sowohl des Concursgerichtes (§ 86 C.O.) als des Masseverwalters; ihre Thätigkeit in dieser Richtung hat sofort nach der Concurseröffnung zu beginnen (§ 86 C.O.) und während des ganzen Verfahrens zu dauern. Von Seiten des Concursgerichtes besteht sie darin, dass einem Gerichtscommissär[1]) die Errichtung des Inventars aufgetragen, und dass dessen gehörige und rechtzeitige Errichtung von Amtswegen überwacht wird (§ 86 C.O.). Der Gerichtscommissär hat das Inventar nach den Vorschriften des Verfahrens ausser Streitsachen aufzunehmen, zu diesem Zwecke insbesondere alle vorfindlichen Schriften (einschliesslich der Gerichtsacten) einzusehen, die unbeweglichen und beweglichen Güter zu besichtigen, und wie den Gemeinschuldner, so auch seine Verwandten und Hausgenossen und die Realgläubiger einzuvernehmen oder einvernehmen zu lassen (§ 98 des k. Pat. v. 9. August 1854, R.G.Bl. No. 208; § 164 C.O.); für diese letzteren Personen besteht die Zeugnisspflicht. Ebenso besteht eine ausnahmslose, erzwingbare[2]) Pflicht zur Gestattung der Inventirung (§ 19 des cit. k. Pat.).

Ueber die Thätigkeit des Masseverwalters bei der Ermittlung und Feststellung der Activen s. S. 148 ff.[3])

Das Resultat dieser Ermittlungen des Gerichtscommissärs, eventuell auch des Masseverwalters wird im Inventare[4]) des Concursvermögens amtlich festgestellt.

II. Die Einrichtung der Inventare geht bis auf Justinian zurück und ist in verschiedenen Formen sehr verbreitet; der ge-

---

[1]) Schwarz, I, S. 227 ff.; s. oben § 27.

[2]) A. M. Schwarz, Concursrecht I S. 227; II S. 166 unter Berufung auf das (nur für das Executionsverfahren giltig gewesene) Hfd. vom 9. Mai 1845, No. 889 J.G.S.

[3]) Vgl. auch Gl.U. No. 5149.

[4]) Kaserer, Commentar S. 155 ff.; Kissling, Commentar S. 155 ff.; Schwarz, I S. 227, II S. 165 ff.; ung. C.O. § 112 ff.; dtsch. C.O. § 113 ff.

meinrechtliche Concurs kennt sie seit altersher.[5]) Das bürgerliche Gesetzbuch spricht vom Inventare bei der Vormundschaft, der Fruchtniessung, dem Fideicommiss, der Verlassenschaft, dem Gesellschafts- und Gütergemeinschaftsvertrage; das Handelsgesetzbuch spricht von den Inventaren der Kaufleute (Art. 29ff., 91 H.G.); das kaiserl. Patent vom 9. August 1854 regelt das Verlassenschaftsinventar und die C.O. das Inventar des Concursvermögens.

So verschiedene Bedeutung und rechtliche Wirkung alle diese Inventare auch haben, so ist ihnen doch eines gemeinschaftlich: sie sind specificirte Vermögensverzeichnisse, und zwar zum Theil private, zum Theil amtliche. Zu den letzteren gehört das Concursinventar, welches sich darstellt als das amtliche Verzeichniss jener Objecte, welche nicht unzweifelhaft nicht zum Concursvermögen gehören (der Ist-Masse des Concurses). Das Concursinventar soll eine genaue Uebersicht über diese Objecte geben. Zu welchem Zwecke?

Die C.O. spricht sich darüber nicht aus, und man muss daher den Zweck des Concursinventars nach seinen rechtlichen Wirkungen bemessen. Auch bezüglich dieser enthält jedoch weder das kaiserl. Patent vom 9. August 1854, R.G.Bl. No. 208, noch die C.O. eine Vorschrift, und wir sind daher ausser auf diesen Umstand nur auf die Analogie der Vorschriften über andere Inventare und über das Pfändungsprotocoll (§ 253ff. E.O.) angewiesen.[6])

---

[5]) Vgl. Hofmann, Zur Lehre vom beneficium inventarii und der separatio bonorum (in Grünhut's Ztschr. VIII S. 578ff.); Köppen, Erbrecht, S. 208ff.; Stobbe, Zur Geschichte des älteren deutschen Concursprocesses S. 52ff.; Oertmann, das beneficium separationis (in Grünhut's Ztschr. XVII); derselbe, Separation und Absonderung (in Iherings Jahrb. XXXIV S. 82ff.).

[6]) Diese Frage nach der rechtlichen Bedeutung des amtlichen, insbesondere des Concursinventars ist noch kaum untersucht; namentlich die gemeinrechtliche Lehre (vgl. Bayer, Concurspr. S. 139f.; Danz, Summ. Processe S. 274f.; Schweppe, System des Conc. S. 230; Budaeus in Weiske's Rechtslex. V, S. 803ff. ist noch der verständigste) hat sich der Beantwortung völlig entzogen; auch die deutsche Literatur hat sich kaum ausgesprochen: Fitting, Concursr. S. 229; Wilmowski und Petersen ad § 114 dtsch. C.O.; am klarsten ist noch Kohler, Lehrbuch des Concursrechts S. 546. Für Oesterreich vgl. die gelegentlichen Bemerkungen von Unger, Erbr. S. 241 Anm. 1; Krainz-Pfaff, II S. 452, Anm. 4; Anonymus in Jur. Bl. 1872 S. 449.

Von diesen Vorschriften fallen wieder von vorneherein jene über die privaten Inventare wegen deren Natur hinweg.[7])

Es verbleiben somit nur die Vorschriften der §§ 263 und 643 a. b. Gb., dass das in Vormundschafts- und Fideicommisssachen aufgenommene Inventar bei Auseinandersetzungen als „Richtschnur" zu dienen habe[8]), und jene der §§ 37 und 253 Ex.O. über die durch die Aufnahme eines Objectes in das Pfändungsprotocoll geschaffene Beweisregulirung und Regelung der Parteirollen für Exscindirungsprocesse. Diese letztere ist für Concursinventare nicht verwendbar;[9]) denn die Aufnahme eines Objectes in das Pfändungsprotocoll bewirkt nicht deshalb eine Verschiebung der Kläger- und damit der Beweisrolle zu Ungunsten des Exscindirungswerbers, weil eine Amtsperson das Protocoll aufgenommen hat, sondern nur deshalb, weil diese Aufnahme prima facie durch den „Besitz" oder, wie § 253 Ex.O. sagt, durch die Gewahrsame des Schuldners an diesem Objecte gerechtfertigt ist. Darum und nur darum konnte der Aufnahme eines Objectes in das Pfändungsprotocoll diese rechtliche Wirkung beigelegt werden; eine weiter gehende Wirkung dahin, dass die Aufnahme in dieses Protocoll Privatrechte erzeuge oder vernichte, besteht ohnedies nicht, weil für diese die Gewahrsame des Schuldners kein genügender Grund wäre.

Nun fehlt für das Concursinventar gerade die Vorschrift, dass nur solche Objecte in dasselbe aufgenommen werden sollen, welche in der Gewahrsame[10]) des Gemeinschuldners sich befinden; vielmehr kommt es nach § 92 C.O. im Gegensatze zum Pfändungsprotocolle gar nicht hierauf an,[11]) sondern nur darauf, ob die Zugehörigkeit zum Concursvermögen[12]) auch nur zweifelhaft ist. Somit kann dem Concursinventare nicht nur keine stärkere Wirkung zukommen, als dem Pfändungsprotocolle, sondern nicht einmal eine

[7]) Vgl. über sie Frankl, Concurs der offenen Handelsg. S. 40 ff.; K. Adler, Gesellschaftsr. S. 104 ff.

[8]) Der O.G.H. in No. 1191 des J.M.Vdgbl. ex 1895 behandelt Nachlassinventare nach diesen Vorschriften.

[9]) Zweifelnd Cosack, Anfechtungsrecht S. 242.

[10]) V. Schrutka, Freigebung beweglicher Sachen II S. 55 ff.

[11]) Gl.U. No. 11845; a. M. Gl.U. No. 5306, 5342; Schwarz, II S. 165; s. aber denselben II S. 166, 340.

[12]) Nicht blos zum Vermögen des Gemeinschuldners; s. unten III.

eben so starke. Man muss vielmehr auf die §§ 263 und 643 a. b. Gb. zurückgehen.

Durch dieses Resultat wird allerdings die Bedeutung des Concurs-Inventars sehr herabgedrückt. Privatrechte schafft es nicht. Der Gemeinschuldner erwirbt keine Ansprüche an Objecten, welche zu Unrecht in das Inventar aufgenommen worden sind, und er verliert keine an solchen, die absichtlich oder aus Versehen nicht in dasselbe aufgenommen wurden; insoweit steht das Concursinventar dem Pfändungsprotocolle allerdings gleich. Aber zum Unterschiede von demselben schafft es Dritten gegenüber nicht einmal eine Normirung der Klägerrolle, nicht einmal eine Beweisregulirung; es beurkundet diesen gegenüber nichts. Das ergiebt sich aus dem Mangel einer entsprechenden Vorschrift und aus der Verschiedenheit seiner Grundlage gegenüber dem Pfändungsprotocoll.

Das Concursinventar hat demnach nur „inter partes", d. i. zwischen dem Gemeinschuldner, den Verwaltern und den Gläubigern, rechtliche Bedeutung (s. auch § 57 V). Unter diesen, also namentlich für und wider den Masseverwalter dient es zur „Richtschnur" (§ 263 a. b. Gb.); d. h. es beweist als ämtliche, darum öffentliche Urkunde voll, dass die in ihm verzeichneten Objecte zum Concursvermögen gezogen wurden;[13]) ob sie zum Concursvermögen gehören, ist eine ganz andere, nicht durch das Inventar beantwortete Frage.

III. Mit dieser geringen Bedeutung des Inventars contrastiren einigermassen die ausführlichen Vorschriften über seine Errichtung. Die Aufnahme desselben erfolgt, wie oben bemerkt, nach den Vorschriften des Verfahrens ausser Streitsachen (§§ 92 ff. des k Pat. v. 9. August 1854, R.G.Bl. No. 208) durch den Gerichtscommissär, eventuell wenn möglich unter Zuziehung des Masseverwalters, ferner unter Zuziehung von beeideten Sachverständigen[14]) (§ 103 des cit. Pat.; § 91 C.O.); die Zuziehung der Sachverständigen bei der Inventirung kann aber nach Ermessen des Gerichtscommissärs[15]) entfallen bei verbücherten Immobilien und bei solchen

[13]) Der Gegenbeweis wider das Inventar steht offen; vgl. § 292 C.P.O.

[14]) Schwarz, II S. 171. Wie viele nöthig sind, ermisst der Gerichtscommissär; bei Immobilien und bei Mobilien von grösserem Werthe soll er zwei Sachverständige beiziehen, sonst wird die Beiziehung eines Sachverständigen genügen.

[15]) Gegen dessen Bescheid sind die Rechtsmittel des Verfahrens ausser Streitsachen zulässig.

Mobilien, deren Bewerthung einen grösseren Zeit- oder Kostenaufwand verursachen würde (§§ 93, 94 C.O.). Steht der Gemeinschuldner in einem öffentlichen Dienste, zu Folge dessen sich Gegenstände (z. B. Cassen) in seinen Händen befinden, über die eine Behörde zu wachen hat, so ist ein Abgeordneter dieser Behörde der Inventirung beizuziehen (§ 90 C.O.); dies gilt auch für den Concurs über das Vermögen eines Geistlichen, der eine geistliche Pfründe hat (§ 107 des k. Pat. vom 9, August 1854, R.G.Bl. No. 208).

Als Richtschnur für die Verfassung des Inventars dienen die im § 57 III gegebenen Rechtssätze. Was nach diesen Erörterungen zum Concursvermögen gezogen werden soll, haben gemäss ihrer Amtspflicht der Gerichtscommissär und der Masseverwalter zu ermitteln und zu inventiren; dazu gehören selbstredend auch Forderungen des Gemeinschuldners, z. B. jene nach Art. 165 und 368 H.G. Darum sind auch jene Objecte in das Inventar aufzunehmen, welche zwar nicht dem Gemeinschuldner gehören, aber vermöge positiven Rechtes in die Concursmasse einzubeziehen sind (s. § 57 III 2), so z. B. der in den §§ 1235 und 1262 a. b. Gb. bezeichnete Theil des der Gütergemeinschaft unter Ehegatten unterzogenen Vermögens, und die in den §§ 76 und 85 Genoss. Ges. bezeichneten Haftungsbeträge der Mitglieder einer registrirten Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft mit beschränkter Haftung, endlich die Anfechtungsansprüche. Die C.O. enthält zwar keine Bestimmung über ihre Aufnahme in das Concursinventar, allein der dargestellte Vorgang erweist sich nach der Natur dieser Vermögenstheile als nothwendig; bilden sie doch einen Theil der Befriedigungsobjecte für die Gläubiger (s. § 57 III 2).

Die aufgefundenen Objecte sind möglichst genau im Inventare zu verzeichnen und zu beschreiben, wenn möglich auch zu schätzen. Im Einzelnen ist Folgendes bestimmt[16]: Werthpapiere sind nach dem Nominalwerthe einzusetzen, ebenso Forderungen des Gemeinschuldners (vgl. z. B. Art. 131 H.G.); eine Schätzung derselben erfolgt nicht, allenfalls die Anmerkung, dass sie im Processe verfangen sind. Andere Mobilien sind entweder einzeln oder nach

---

[16]) Eine ausführliche Darstellung dieser Details findet sich bei Schuster, Comm. z. Gesetze über d. Verfahren ausser Streitsachen, ad §§ 99—104 des cit. Pat.; vgl. auch v. Canstein, Lehrb. d. Handelsrechtes 1 S. 244 ff.

Gattung, Zahl, Maass und Gewicht anzugeben und, wenn es ohne grossen Zeit- und Kostenaufwand geschehen kann, sofort zu schätzen. Bibliotheken, Kunstsammlungen u. dgl. können vorerst summarisch (statt specificirt) verzeichnet, und es kann von ihrer Schätzung derweilen Abstand genommen werden (§ 94 C. O.). Immobilien sind, wenn sie verbüchert sind, nach der Grundbuchsbezeichnung aufzunehmen und in der Regel nicht sofort zu schätzen. Erbschaften und Vermächtnisse, mögen sie vor dem Concurse oder während desselben dem Gemeinschuldner zufallen (§ 1 C. O.), sind nach erfolgter Erbserklärung (§ 4 C. O.) auf Grund der Ergebnisse der Verlassenschaftsabhandlung zu inventiren (§ 95 C. O.).[17])

Ob die Objecte in der Gewahrsame des Gemeinschuldners sich befinden oder nicht, ist irrelevant[18]) (arg. ex §§ 92 und 164 C. O.), ebenso, ob dritte Personen persönliche oder dingliche Rechte an einzelnen Objecten behaupten. Im einzelnen Falle kann es zweifelhaft sein, ob ein Object zur Soll-Masse des Concurses gehört oder nicht. Solche Zweifel können namentlich beim Bestande einer ehelichen Gütergemeinschaft[19]) und dann entstehen, wenn sich Objecte in Händen eines Dritten befinden,[20]) oder wenn dritte Personen Rückforderungsansprüche geltend machen (§ 26 C. O.). Auch solche Objecte sind — unter Ersichtlichmachung dieses Thatbestandes — in das Inventar aufzunehmen.

Die Passiven werden in das Inventar nicht aufgenommen.

IV. Das nach diesen Vorschriften aufgenommene Inventar deckt begreiflicher Weise (schon wegen des § 92 C. O.) die Soll-Masse des Concurses nicht, sondern beurkundet nur den dermaligen Stand der Ist-Masse, d. i. des aufgefundenen Concursvermögens. Dieser Stand ist veränderlich, und zwar sowohl durch Realisirung von Objecten, als auch durch ihre anderweitige

---

[17]) Der Concurs über das Vermögen des Erben umfasst dann auch das Erbvermögen; theilweise a. M. v. Canstein, Lehrb. d. Handelsr. I S. 579 Anm. 71. Allerdings ist über den Nachlass vor seiner Einantwortung an den Erben auf Antrag nach §§ 62—64 C. O. eventuell ein abgesonderter Concurs zu eröffnen (§ 95 C. O.).

[18]) A. M. Kissling, S. 175; Gl. U. No. 5306, 5452; richtig Schwarz; I S. 227; Gl. U. No. 11845.

[19]) Ullmann in Grünhut's Ztschr. IV S. 107 ff.; Ogonowski, Eheliches Güterrecht, S. 436 ff.; Sponner in Ger. Ztg. 1896 No. 32 f.; Schwarz, II S. 167; Gl. U. No. 6158, 6173; s. § 57 III.

[20]) Gl. U. No. 4090.



Ausscheidung und durch das Hinzukommen von Objecten. Insoweit Veränderungen durch die Realisirungen hervorgerufen werden, kommen sie im Inventare nicht zum Ausdrucke. Dagegen sind neu hinzukommende Objecte in das Inventar aufzunehmen, und es empfiehlt sich auch die Ersichtlichmachung von Veränderungen der Objecte (z. B. des Anspruches aus Art. 131 H.G.), sowie des nicht durch Realisirung erfolgten Ausscheidens von Objecten, damit das schliessliche Inventar der vorhandenen Masse entspreche und den Schlussbericht erleichtere.

V. Das Concursinventar ist mit möglichster Beschleunigung aufzunehmen. Es kann in mehrere Theile zerfallen, und zwar sowohl derart, dass nach und nach Theilinventare aufgenommen werden, als auch derart, dass innerhalb desselben Inventars die etwa bestehenden besonderen Massen der Realgläubiger abgesondert verzeichnet werden; nothwendig ist dies jedoch nicht.[21])

VI. Die gerichtlichen Schätzungen sind ein Institut von zweifelhaftem Werthe.[22]) Darum ist die gerichtliche Schätzung des Concursvermögens (wie aus den Angaben sub III sich ergiebt) nicht unerlässlich; ist sie nicht sofort bei der Aufnahme des Inventars erfolgt, so hängt es vom Beschlusse des Gläubigerausschusses ab, ob sie oder ob eine andere Art der Wertherhebung erfolgen soll (§ 93 C.O.). Bisweilen ist eine Schätzung ganz überflüssig, z. B. im Falle der Vollzahlung der Gläubiger, eines Zwangsausgleiches, der Concursaufhebung nach §§ 154, 155, 156 C.O., oder wenn etwa unmittelbar vor der Concurseröffnung eine gerichtliche Schätzung stattgefunden hat.

VII. Die Versiegelung des Concursvermögens[23]) ist im § 87 C.O. vorgesehen, ohne dass jedoch ausdrücklich verordnet wäre, dass sie immer stattfinden müsse, und auf welche Objecte sie sich zu erstrecken habe.

Dass sie nicht immer stattfinden muss, ergiebt sich aus der Zulässigkeit der Weiterführung des schuldnerischen Geschäftes (§ 142 C.O.); dass sie nicht auf sämmtliche Objecte des Concurs-

---

[21]) A. M. Schwarz, I S. 228. Diese Theilung ist nicht immer durchführbar, da die Identificirung der gepfändeten Gegenstände mit jenen, welche in das Concursinventar aufgenommen werden, nicht immer oder nicht gleich erfolgen kann.

[22]) Pick, Immobiliar-Schätzung, in Grünhut's Ztschr. XXIII S. 229 ff.; und hiezu R. Pollak in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XXI S. 440 f.

[23]) Ueber ihre Form siehe Schuster a. a. O. ad § 43.

vermögens (der Ist-Masse) sich bezieht, daraus, dass sie die im Besitze Dritter befindlichen Objecte (nach § 164 C.O. z. B.) nicht treffen kann, dass sie ferner nach § 88 C.O. die Immobilien und nach § 87 C.O. die Geschäftsbücher und Aufzeichnungen des Gemeinschuldners, ferner dessen Kostbarkeiten, Werthpapiere und das baare Geld desselben nicht trifft; die Geschäftsbücher und Aufzeichnungen sind dem Masseverwalter zu übergeben, Kostbarkeiten, Werthpapiere und Geld bei Gericht oder der österr.-ungar. Bank zu deponiren, insoferne diese Objecte (namentlich das Geld) nicht zur Bestreitung dringender Auslagen erforderlich sind.[24])

Unter Beachtung dieser Beschränkungen ist das Concursvermögen durch den Gerichtscommissär in der Regel zu versiegeln. Die Entsiegelung erfolgt auf Antrag des Masseverwalters oder mit der Concursaufhebung.

VIII. Civilrechtliche Wirkungen hat weder die Versiegelung noch die Entsiegelung; die erstere dient lediglich zur Sicherung der Objecte des Concursvermögens. Die eigenmächtige oder widerrechtliche Eröffnung der Amtssiegel wird nach § 316 St.G. geahndet.

IX. Die Kosten der Inventirung, Schätzung und Versiegelung sind Massekosten, nicht Gerichtsgebühren;[25]) sie sind nach § 29 und 160 C.O. zu berichtigen.[26])

§ 59. Feststellung: die Ansprüche des Gemeinschuldners.[1])

I. Von den Ansprüchen des Gemeinschuldners sind nur jene an dieser Stelle zu behandeln, welche zum Concursvermögen gehören.

Sie zerfallen in zwei Gruppen: in solche aus zweiseitigen, beiderseits noch nicht völlig erfüllten Verträgen (§§ 22, 23 C. O.), und in alle anderen Ansprüche. Die erste Gruppe derselben ist im § 40, die zweite im § 57 besprochen. An dieser Stelle handelt es sich nur um ihre Feststellung. Intern wird dieselbe zu-

---

[24]) In der Praxis wird bisweilen gegen die Vorschrift der §§ 87 und 142 Abs. 2 C.O. dem Masseverwalter die ganze Geldgebahrung überlassen.

[25]) Gl.U. No. 5855.

[26]) Gl.U. No. 6245, 9299; s. oben § 56.

[1]) Schwarz I S. 80 ff.

nächst bei der Inventirung besorgt; bei dieser Thätigkeit kommt der Masseverwalter zur Kenntniss der Ansprüche. Er ist überdies verpflichtet, sich nicht auf das Inventar zu beschränken, sondern auch sonstige Nachforschungen zu pflegen (S. 148 ff.). Auf diese Weise wird festgestellt, welche Ansprüche als solche des Gemeinschuldners erhoben werden; intern, zwischen Masseverwalter, Gläubiger und Gemeinschuldner ist ihr Kreis damit gezogen. Aber dadurch sind dieselben gegen den Dritten nicht festgestellt, gegen den sie bestehen sollen; denn gegen diesen Dritten wirkt das Inventar weder als Rechtsgeschäft, noch als Urkundsact (s. § 58 II), noch wirken Handlungen des Masseverwalters im Allgemeinen wider ihn. Im Verhältnisse zum Dritten bedarf es darum direct wider diesen gesetzter Handlungen. Zunächst wird die ausserprocessuale Geltendmachung in der Regel versucht werden. Bestreitet der Dritte bei dieser jedoch den Anspruch, oder erfüllt er ihn nicht,[2]) so bleibt nur die Fesstellung im Processwege übrig.

II. Für diesen Processweg gilt als Grundsatz, dass der Concurs weder die Competenz der Gerichte, noch die Parteirollen, noch die Beweislast verändert. Es tritt lediglich für den Gemeinschuldner der Masseverwalter auf.[3]) Derselbe ist kraft seines Amtes zur Einleitung und Durchführung der Processe legitimirt und bedarf keiner Ermächtigung von Seiten des Concurscommissärs oder des Gläubigerausschusses (§ 147 C. O.), da es sich nicht um eine Verwaltung, sondern um eine Feststellung des Concursvermögens handelt.[4]) Jedoch darf von der allgemeinen Liquidirungstagfahrt an die Gläubigerversammlung beschliessen, dass er einer solchen Ermächtigung bedürfe (§ 144 C. O.); nur wirkt dieser Beschluss weder für noch wider Dritte.[5]) Auch eine Klage, welche entgegen einem solchen Beschlusse vom Masseverwalter ohne Ermächtigung eingebracht wird, zieht daher für den Gemeinschuldner (für „die Concursmasse“) alle Wirkungen der Klage, so

---

[2]) Vgl. den nicht glücklich textirten § 45 C. P. O.

[3]) § 10 C. O. sagt: die „Gläubigerschaft“. Ueber die alte Streitfrage über die Verpflichtung der „Concursmasse“ zur Bestellung einer actorischen Caution s. S. 149 Anm. 11.

[4]) Die Anfechtungsansprüche und ihre Einklagung gehören nicht hierher; vgl. vorläufig § 147 lit. a C. O.

[5]) Dies ergiebt sich schon daraus, dass die Publication eines solchen Beschlusses im Gesetze nicht vorgesehen ist.

die Streitanhängigkeit, die Kostenersatzpflicht nach sich; nur macht sich der Masseverwalter persönlich gegenüber dem Gemeinschuldner und den Gläubigern durch die auftragswidrige Processführung verantwortlich.

Die C. O. bestimmt nichts expresse darüber, unter welchen Voraussetzungen im Allgemeinen der Masseverwalter von einer Processführung wegen eines solchen Anspruches vor oder nach ihrem Beginne abstehen dürfe; da jedoch § 147 C. O. ihn zum Abschlusse von Vergleichen, deren Gegenstand den Werth von 200 fl. übersteigt und zur Anerkennung von Rückforderungsansprüchen an die Ermächtigung des Concurscommissärs, resp. nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt des Gläubigerausschusses bindet, so kann man diesen Satz verallgemeinernd sagen: über die Geltendmachung von Ansprüchen im Werthe von nicht mehr als 200 fl. entscheidet der Masseverwalter allein; um vom Processe über Ansprüche im Werthe von mehr als 200 fl. abzustehen, bedarf er jedoch der Ermächtigung des Concurscommissärs, resp. nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt des Gläubigerausschusses; dem Processgerichte und Processgegner gegenüber bedarf er hiezu (auch im Falle des § 144 C.O., s. vorigen Absatz) nur der im § 147 al. 3 C. O. vorgesehenen Bestätigung.

III. Ist der Activprocess bei der Concurseröffnung bereits anhängig, so wird er durch dieselbe laut des § 159 C.P.O. nicht unterbrochen, sondern es werden nur die Noth-[6]) und richterlichen Fristen derart verlängert, dass die volle Frist von dem Tage der Concurseröffnung an läuft (§ 10 C. O.). Tagsatzungen, welche bereits angeordnet sind, können nach Analogie des § 7 C. O. nur dann abgehalten werden, wenn der Masseverwalter von ihrer Anordnung ordnungsgemäss verständigt wird; andernfalls sind sie von Amtswegen zu erstrecken (§ 134 Z. 1 C.P.O.), und es ist der Masseverwalter hievon zu verständigen.

Einer ausdrücklichen Erklärung des Masseverwalters, dass er den Process übernehme, bedarf es nicht.[7]) Auch findet eine Aufforderung des Masseverwalters, in den Process einzutreten, weder

[6]) § 128 C.P.O. hat an dieser lex specialis des § 10 C.O. nichts geändert, weil eben laut § 159 C.P.O. nicht die im § 158 C.P.O. vorgesehene Unterbrechung des Verfahrens eintritt; a. M. Schuster, Oesterr. Civilprocessr. S. 424; Schauer, C.P.O. ad § 159 Anm. 1.

[7]) A. M. Gl.U. No. 12674; Kaserer S. 42.



von Amtwegen[8]) noch auf Antrag statt. Nimmt er trotz gehöriger Verständigung am Verfahren nicht theil, so wird wider ihn nach den §§ 396, 398 u. 399 C. P. O. ebenso verfahren, als wenn der Gemeinschuldner nach eingebrachter Klage am Verfahren sich nicht weiter betheiligt hätte.

Der Masseverwalter darf (u. zw. bei einem Streitwerthe von nicht mehr als 200 fl.[9]) ohne Ermächtigung des Concurscommissärs) ausdrücklich[10]) erklären, dass er in den Process nicht eintrete; dann behält der Gemeinschuldner rücksichtlich dieses Processes seine Dispositionsfähigkeit (s. § 29 III e).[11]) Der Masseverwalter hat den concurrirenden Gläubigern eine solche Erklärung zu verantworten (§ 76 C. O.).

IV. Die Urtheile, welche in den vom Masseverwalter angestrengten oder übernommenen Activprocessen erwirkt werden, haben sowohl innerhalb als ausserhalb des Concursverfahrens, als auch nach der Aufhebung des Concurses die volle Rechtskraftwirkung für und wider den Gemeinschuldner. Die Kosten der Activprocesse sind unter allen Umständen in Gänze Massekosten.[12])

Sind bei der Aufhebung des Concurses Activprocesse noch anhängig, so tritt der Gemeinschuldner mangels anderweitiger Vorschrift der C.O. ohne Weiteres in dieselben ein,[13]) ohne dass der Fristenlauf verändert und Tagsatzungen erstreckt würden.

Das Resultat der Activprocesse soll im Concursinventare ersichtlich gemacht werden, obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich verordnet.

§ 60. Feststellung: die Rückforderungsansprüche.[1])

I. Unter den Objecten, welche zur Ist-Masse des Concurses gezogen werden, können auch solche sich befinden, „welche (wie das Gesetz sagt) dem Gemeinschuldner ganz oder zum Theile nicht

---

[8]) Gl.U. No. 12674; a. M. Kissling S. 83.

[9]) Arg. § 147 b.C.O.; Ausnahme § 147c C.O.

[10]) Stillschweigen ist keine Ablehnung des Eintritts; s. auch § 63 II.

[11]) Kissling S. 32; theilweise abweichend Kaserer S. 42.

[12]) Gl.U. No. 5693.

[13]) S. unten § 77 II. Die (nicht hierher gehörigen) Anfechtungsansprüche machen eine Ausnahme; vgl. § 24 A.G.

[1]) Kaserer S. 65 ff.; Kissling S. 78 ff.; Schwarz I. S. 89 ff.; II. S. 338 ff.; Ullmann im Mittl. d. Prager dtsch. Jur. Ver. I. S. 8 f.;

eigenthümlich gehören"; diese sollen nicht in der Concursmasse bleiben, sondern dem berechtigten Rückfordernden hinausgegeben werden (§ 26 C.O.).[2]) Durch die lediglich negative Fassung des Thatbestandes im § 26 C.O. ist gesagt, dass nicht bloss Vindicanten den Rückforderungsanspruch haben, sondern alle Personen, welche nach dem Privatrechte die Herausgabe eines bestimmten Vermögensstückes deshalb verlangen können, weil sie den Anspruch hierauf haben, und der Gemeinschuldner weder Eigenthum noch publicianischen Besitz an demselben hat. Der Thatbestand dieser Ansprüche setzt sich also aus zwei Theilen zusammen: a) einem positiven in der Person des Anspruchswerbers: dem Titel seines Anspruchs auf Herausgabe der Sache, z. B. Eigenthum, Leihvertrag Art. 368 Abs. 2 H. G; Art. 17 W. O.; b) dem negativen in der Person des Verpflichteten: Mangel des Rechtes auf das Eigenthum oder auf den publicianischen Besitz. Es wäre kein Grund abzusehen, warum diese Rückforderungsansprüche des Privatrechtes nicht auch im Concurse wie ausserhalb desselben bestehen sollten, da ja das Concursverfahren (von den gesetzlich normirten Ausnahmen abgesehen) nur jenes Vermögen den Gläubigern bieten und erhalten soll, welches ihnen ausserhalb des Concurses Befriedigung geboten hätte; die C.O. anerkennt sie also mit Recht.

Jura in re aliena dagegen geben so wenig wie ausserhalb des Concurses in demselben einen „Rückforderungsanspruch", ebensowenig irgendwelche obligatorische Ansprüche (z. B. Ansprüche auf Erfüllung eines Kaufvertrages) dann, wenn der Gemeinschuldner am Objecte Eigenthum oder publicianischen Besitz hat[3]), (es sei denn, dass im letzteren Falle der Rückforderungswerber das Eigenthumsrecht oder den stärkeren Titel des § 373 a.b.Gb. für sich hat); das erstere ergiebt sich aus den Bestimmungen der C.O. über Realgläubiger, das letztere aus der Entstehungsgeschichte des § 26

---

v. Schrutka, Zur Dogmengeschichte u. Dogm. der Freigebung II S. 26ff.; Hasenöhrl, Oesterr. Obligationenr. II. S. 424 ff.; Frankl, Zur Revision d. österr. Concursr. S. 62 ff.; § 42 ff. ung. C.O.; § 35 ff. dtsch. C.O. (Aussonderungsansprüche). Die preuss. C.O. v. 8. Mai 1855 sprach von Vindicationsansprüchen.

[2]) Grünhut, Recht des Commissionshandels S. 428 ff.; v. Canstein, Lehrb, d. Handelsr. II. S. 222 ff.

[3]) Vgl. §§ 143 ff. a.b.Gb.; § 25 al. 1 Anf.Ges.; Steinbach, Comm. S. 115; Menzel, Anfechtungsr. S. 271; Krasnopolski S. 104. Die dtsch. C.O. anerkennt auch obligatorische Aussonderungsansprüche.

C. O.[4]) und den Worten desselben, „welche dem Gemeinschuldner . . . . nicht eigenthümlich gehören".

Zur Normirung neuer Rückforderungsansprüche, welche erst im Concurse entstehen, hat sich die C. O. im § 26 nicht veranlasst gesehen; insbesondere hat sie das right of stoppage (droit de suite) d. i. einen Anspruch, verkaufte und tradirte, aber noch nicht bezahlte Waaren zurückfordern zu dürfen, insolange sie in die Gewahrsame des Gemeinschuldners nicht gelangt sind, nicht anerkannt.[5])

Ist es sicherlich begründet und auch von altersher[6]) anerkannt, dass die oben genannten Rückforderungsansprüche des Privatrechts auch im Concurse aufrecht zu erhalten sind, so hat doch die Form ihrer Geltendmachung im Concurse umsomehr gewechselt. Der § 14 der C. O. vom 1. Mai 1781 stellte die Rückforderungswerber den concurrirenden Gläubigern gleich, und zwang sie zur Anstrengung einer Liquidirungsklage. Hiervon ist die geltende C. O. nach dem Vorbilde der preuss. C. O. mit Recht abgegangen und hat als Grundsatz aufgestellt, dass die Rückforderungswerber im Concurse ihre Ansprüche nicht durch Anmeldung nach § 103 C. O., sondern wie ausserhalb derselben, wenn auch gegen den Masseverwalter geltend zu machen haben (§ 159 C. O.).

II. Das Princip der C. O. ist demnach: die auf den Mangel des Eigenthums oder publicianischen Besitzes des Gemeinschuldners gestützten Rückforderungsansprüche des Privatrechtes sind im Concurse aufrecht erhalten, und in demselben ebenso wie ausserhalb eines Concurses, jedoch gegen den Masseverwalter geltend zu machen. Die Consequenzen dieses Princips sowie seine Ausnahmen sind nun darzulegen.

a) Object des Rückforderungsanspruches kann Alles sein,

---

[4]) § 14 der C.O. v. 1. Mai 1781; § 22 der preuss. C.O. v. 8. Mai 1855 Motive bei Kaserer S. 65.

[5]) § 41 des Referentenentwurfes schlug es vor; über die Gründe der Ablehnung Motive bei Kaserer S. 67 u. R. Pollak in Jur. Bl. 1895 No. 51 ff.; für das Verfolgungsr. Unger in Ihering's Jahrbuch XXXIII S. 343 Anm. 110 und Frankl in krit. Viertelj. 1895 S. 578 ff. und in Jur. Vtljschr. XXVIII S. 31; vgl. Oetker, Verfolgungsrecht, s. § 25 A. G. (unten § 65 III).

[6]) S. die Belege bei Stobbe a. a. O. S. 63 ff.



was im Eigenthume stehen kann, also sowohl Immobilien[7]) als auch Mobilien, z. B. Werthpapiere, echte Depots, Wechsel. Dagegen ist ein bestimmtes Object, also entweder eine species oder ein unterscheidbares Stück eines genus erforderlich; so kann Commissionsgut, wenn der Commissionär das Eigenthum für den Committenten erwarb oder auf den letzteren durch constitutum possessorium übertrug, vom Committenten,[8]) ein reguläres Depot vom Deponenten,[9]) eine geliehene Sache, nach § 371 a. b. Gb. verwahrtes Baargeld,[10]) ein per procura indossirter Wechsel zurückgefordert werden. Geld, welches ein Dritter für den Gemeinschuldner bei Gericht nach § 1425 a. b. Gb. deponirt hat, darf der Dritte (vorausgesetzt, dass es unterscheidbar verwahrt ist) insolange zurückfordern, als der Gemeinschuldner oder der Masseverwalter nicht vom Erlage gerichtlich verständigt sind.[11]).

Das Object muss noch unterscheidbar in der Concursmasse vorhanden sein. Dagegen ist es gleichgiltig, ob es der Execution unterliegen könnte oder nicht; denn der Rückforderungsanspruch beruht ja darauf, dass das Object, (weil nicht dem Gemeinschuldner, auch) nicht zur Soll-Masse gehört.[12]) Ebenso gleichgiltig ist, ob der Gemeinschuldner das Object in seiner Detention hat oder nicht, wenn nur der Detentor es für den Gemeinschuldner detenirt.

b) Subjecte des Rückforderungsanspruches sind jene Personen,[13]) welche den Anspruch auf Herausgabe der Sache haben, und denen der Gemeinschuldner nicht sein Recht auf Eigenthum oder publicianischen Besitz derselben entgegensetzen kann. Dass der Gemeinschuldner ein ius in re aliena geltend machen kann, hindert den Anspruch nicht; ebenso ist es gleichgiltig, auf welche Weise

---

[7]) Spruch-Rep. No. 13; bei verbücherten Immobilien ist die Frage nicht practisch.

[8]) Grünhut a. a. O. S. 439 ff.; Staub S. 943; vgl. Gl. U. No. 2010.

[9]) Beim depositum irregulare wird der Depositar Eigenthümer; v. Schey, Obligationsverh. I S. 370.

[10]) Gl. U. No. 1400.

[11]) Alfr. Pollak in Geller's C. Bl. II S. 131 ff.; weiter gehen Czyhlarz in Grünhut's Ztschr. VI S. 373 ff.; Prettenhofer in G. Z. 1896 S. 136.

[12]) A. M. Schwarz I S. 90.

[13]) Nicht der Gemeinschuldner selbst.

das Object dem Gemeinschuldner zukam,[14]) wenn hierdurch nicht das Recht des Rückfordernden an dem Objecte erloschen ist (vgl. Art. 307 H.G.; § 367 a. b. Gb.). Obligatorische Ansprüche, also auch solche aus zweiseitigen, beiderseits noch nicht völlig erfüllten Verträgen [15]) geben für sich allein nicht die Activlegitimation zur Erhebung eines Rückforderungsanspruches; es muss das negative Erforderniss des § 26 C. O. hinzutreten.

Als Gegner des Anspruchwerbers tritt der Masseverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners auf; wider ihn sind die Ansprüche geltend zu machen [16]) (§ 137 C. O.).

c) der Anspruch ist auf die Herausgabe des Objectes, eventuell auch nur auf Ausscheidung desselben aus der Masse gerichtet und ist, wie ausserhalb des Concurses so in demselben ein privatrechtlicher [17]) Anspruch, nicht ein öffentlicher wie der Exscindirungsanspruch (§ 37 E. O.), welch letzterer sich gegen eine obrigkeitliche Verfügung richtet; das Begehren nach § 26 C. O. dagegen geht nicht auf Ausscheidung aus dem Concursinventare, sondern aus der Masse. An eine bestimmte Frist ist die Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs nicht gebunden; er kann insolange geltend gemacht werden, als sein Object in der Ist-Masse sich befindet. Rechte des Gemeinschuldners oder dritter Personen an diesem Objecte, z. B. Pfandrechte und Retentionsrechte, beeinträchtigen nur den Anspruch auf Herausgabe und auch diesen nur insoweit, als dies auch ausserhalb des Concurses geschehen wäre (z. B. § 456 a. b. Gb.[18]).

Ist jedoch das Object des Anspruches schon aus der Masse veräussert worden, dann greift die C. O. aus Gründen der Rechtssicherheit ein. Mit diesem Momente ist das Rückforderungsrecht gegen Jedermann erloschen (s. § 57 V.). An seine Stelle tritt (wenn ein solches vom Dritten an die Masse zu leisten ist) der

---

[14]) Vgl. Koch, Comm. S. 50 ff.

[15]) Da tritt § 22 C. O. ein.

[16]) Der Gemeinschuldner ist nicht Streitgenosse, sondern Partei; a. M. Schwarz II. S. 338.

[17]) A. M. v. Schrutka a. a. O. S. 27.

[18]) v. Schey, Obligationsverh. I S. 329 Anm. 3 lässt Retentionsrechte niemals gegen Rückforderungsansprüche wirksam sein; s. aber § 11 C. O.; v. Schrutka, Compensation S. 54 f. erklärt mit Recht, der Compensationsanspruch stehe dem Rückforderungsanspruche nach.

Anspruch auf das Entgelt für das Object (§ 26 C. O.). Dabei sind die folgenden zwei Fälle zu unterscheiden:

α) Ist das Entgelt bereits in die Concursmasse gelangt, so hat der Rückfordernde den Anspruch (nicht bloss auf quotenmässige Befriedigung, sondern) auf das volle Entgelt,[19]) und kann denselben ohne Anmeldung[20]) geltend machen. Ein weiterer Anspruch nach § 335 a. b. Gb. ist nicht ausgeschlossen, wenn der Masseverwalter dem § 142 al. 3 C. O. zuwider ein Object trotz seiner Kenntniss vom Rückforderungsanspruche veräusserte;[21]) rücksichtlich dieses Anspruchs ist der Rückfordernde aber nur ein Concursgläubiger (S. 164).

β) Ist das Entgelt noch nicht in die Masse geleistet, so erwirbt der Rückfordernde an Stelle des durch den Masseverwalter vertretenen Gemeinschuldners auf Grund der im § 26 C. O. normirten cessio legis den directen Anspruch auf dieses Entgelt wider jenen, welcher das Object des Rückforderungsanspruchs an sich gebracht hat.

d) Der Anspruch kann sowohl ausserprocessual als im Processwege geltend gemacht werden. Zur (ausserprocessualen wie processualen) Anerkennung des Rückforderungsanspruchs, sowie des an seine Stelle tretenden Anspruches auf das Entgelt bedarf der Masseverwalter vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt der Ermächtigung des Concurscommissärs, nach derselben des Gläubigerausschusses (§ 147 lit. c C. O.); betrifft aber der Rückforderungsanspruch ein Immobile, eine Gerechtsame oder ein Seeschiff, so ist die Zustimmung des Concursgerichtes, resp. der Gläubigerversammlung erforderlich (§ 148 lit. a C. O.).

e) Die Befriedigung des Anspruches hat sofort nach der Feststellung seiner Berechtigung zu erfolgen, jedoch nur gegen Berichtigung jener Auslagen, welche den Rückfordernden gegenüber dem Gemeinschuldner oder dem Masseverwalter treffen (§ 27, 159 C. O.). Welche Auslagen das sind, sagt die C. O. nicht; nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sind darunter zu verstehen: 1) die Gegenforderungen, welche aus dem Rechtsverhältnisse entspringen, das dem

---

[19]) Ullmann a. a. O. S. 9 f.; Gl. U. No. 8038; nicht deutlich Schwarz I S. 97.

[20]) § 26 C. O. lässt dies zweifelhaft; es ergibt sich aus den §§ 103 und 109 C. O.

[21]) Gspan a. a. O. III/I. S. 84 f.

Rückforderungsanspruche zu Grunde liegt (s. Anm. 17); 2) die zur Rechtsfeststellung erforderlich gewesenen Kosten des Gemeinschuldners und des Masseverwalters.[22])

III. Die processuale Feststellung der Rückforderungsansprüche wird durch das Concursverfahren grundsätzlich nicht alterirt; insbesondere werden weder die Parteirollen, noch die Beweislast verändert, mag auch das rückgeforderte Object im Concursinventare verzeichnet sein.[23])

a) Der Gerichtsstand für diese Klagen ist „in der Regel" beim Concursgerichte begründet,[24]) d. h. in allen Fällen, welche nicht ausdrücklich ausgenommen sind; § 138 C.O. nennt als solche Ausnahmen die Real-, Tabular- und Berggerichtsbarkeit, den Gerichtsstand der Hypothekarklage und — recht unsystematisch — die bereits vor der Concurseröffnung begründete Competenz. Mit Rücksicht auf die J. N. sind derzeit als Ausnahmen von dem Gerichtsstand des § 138 C.O. zu bezeichnen: der Gerichtsstand für dingliche Immobiliarklagen (§§ 81 und 91 J. N.) und der Gerichtsstand in Angelegenheiten des Bergbaues, insoferne die betreffende Bergrechtsache vor den Gerichtshof gehört (§ 53 J. N.). Der Gerichtsstand für Exscindirungsklagen hat für die Rückforderungsklage nicht statt[25]) (s. II c).

War die Klage zur Geltendmachung eines Rückforderungsanspruches schon vor der Eröffnung des Concurses bei dem damals zuständigen Gerichte eingebracht,[26]) so bleibt dieses Gericht bis zur Beendigung der Rechtssache zuständig (§ 29 J. N., § 138 C.O.); ein Uebergang der Zuständigkeit wie bei anderen Passivprocessen des Gemeinschuldners (§ 7 C.O.) findet nicht statt.

b) Das Verfahren weist keinerlei Eigenthümlichkeiten auf. Hervorzuheben ist nur, dass für die bereits anhängigen Rückfor-

---

[22]) A. M. Schwarz I S. 96. Vgl. Makower in Ztsch. f. dtsch. Civilpr. XX S. 462 ff.

[23]) A. M. v. Schrutka a. a. O. S. 26 f.; vgl. Gl.U. No. 7292, 10 101.

[24]) Vgl. Gl.U. No. 10 324.

[25]) A. M. Gl.U. No. 7292.

[26]) § 29 J. N. und § 138 C. O. verlangen für die Fortdauer der Zuständigkeit, dass die Rechtssache „anhängig" sei. Darunter ist trotz des unklaren Ausdruckes nicht die „Streitanhängigkeit" (§ 232 C. P. O.) zu verstehen, sondern (wie sich aus § 29 J. N. ergibt) die Anbringung der Klage; vgl. auch Art. XLVII des E. G. z. C.P.O.

derungsprocesse in der C. O. nicht, wie bei anderen Processen des Gemeinschuldners bestimmt war, dass sie durch die Concurseröffnung unterbrochen werden; ja die C. O. enthält nicht einmal eine dem § 10 C. O. analoge Vorschrift über die Hemmung von Fristen. Es konnte danach geschehen, dass der Masseverwalter nicht in die Lage kam, in einen Rückforderungsprozess einzutreten, weil z. B. Nothfristen schon am 1. oder 2. Tage nach der Concurseröffnung zu Ende gingen. Jetzt kann die Lücke durch § 158 C. P. O. ausgefüllt werden.[27]) Darnach wird das Verfahren dann unterbrochen, wenn der Gemeinschuldner im Zeitpunkte der Concurseröffnung im Processe weder durch einen Advocaten noch durch eine andere mit Processvollmacht ausgestattete Person vertreten ist; die Unterbrechung dauert bis zur Aufnahme des Verfahrens durch den Kläger oder durch den Masseverwalter. Erklärt der Masseverwalter ausdrücklich, dass er den Rückforderungsanspruch nicht anerkenne, aber sein Object dennoch nicht in die Masse einbeziehe,[28]) so erlangt der Gemeinschuldner die Processfähigkeit für diesen Process wieder; die Aufnahme des Verfahrens findet dann von ihm oder wider ihn persönlich statt.

Ist der Gemeinschuldner im Processe durch einen Advocaten oder durch eine mit Processvollmacht ausgestattete Person vertreten, so findet eine Unterbrechung des Rückforderungsprocesses nicht statt (§ 158 C. P. O.); der Verlust der Processfähigkeit des Gemeinschuldners hebt die Vollmacht nicht auf (§ 35 C.P.O).

c) Das wider den Masseverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners erwirkte Urtheil macht auch ausserhalb des Concurses res iudicata für und wider den Gemeinschuldner. Das während des Concurses wider den Gemeinschuldner persönlich erwirkte Urtheil ist in Rücksicht der Concursmasse ohne rechtliche Bedeutung.

d) Die Execution des wider den Masseverwalter ersiegten Urtheils ist zulässig; der Sieger kann aber auch in Analogie des § 160 C. O. beim Concurscommissär darauf antragen, dass dem Masseverwalter der Auftrag zur Erfüllung ohne Execution ertheilt werde.

---

[27]) Wie sich aus § 159 C.P.O. ergibt (s. § 59 Anm. 6), soll nach wie vor nur die C.O. über die Unterbrechung von Processen durch eine Concurseröffnung bestimmen; da die C. O. jedoch hier eine Lücke enthält, ist die Heranziehung des § 158 C. P. O. zulässig.

[28]) Diese Erklärung ist unwiderruflich, sobald sie dem Kläger zur Kenntniss gebracht ist.

e) Die Kosten der Processführung sind Massekosten, soweit sie nicht nach § 27 C. O. der Rückfordernde zu tragen hat; ihr Ersatz kann überdies wegen muthwilliger Processführung auch dem Masseverwalter ad personam (unter Aufrechterhaltung der Haftung der „Concursmasse") aufgetragen werden.[29])

IV. Da die Geltendmachung der Rückforderungsansprüche (ausser an die allgemeinen Verjährungsfristen) an keine bestimmte Frist gebunden ist, kann sie auch nach der Concursaufhebung erfolgen; ist jedoch ein Rückforderungsanspruch im Concurse durch Veräusserung seines Objectes nach § 26 C. O. erloschen, so lebt er nach der Concursaufhebung nicht wieder auf.

§ 61. Die Verwaltung des Concursvermögens.[1])

I. Unter „Concursvermögen", Concursmasse, Ist-Masse wird die Summe der Activen (einschliesslich des Effectes der Anfechtungsansprüche) verstanden, welche zur Befriedigung der Gläubiger herangezogen werden. Die Verwaltung des Concursvermögens bezieht sich also auf die Ist-Masse, auf diese Activen, und besteht in ihrer Einbringung, Verwahrung und Versilberung, sowie in der Berichterstattung über diese Thätigkeit. Da die C.O. hierüber nur spärliche Normen enthält, müssen die Vorschriften der E.O. und des Verfahrens ausser Streitsachen ergänzend herangezogen werden.

Der Grundgedanke, welcher der Verwaltung des Concursvermögens zu Grunde liegt, ähnelt einigermassen dem der Liquidation einer offenen Handelsgesellschaft; die Geschäftsabwickelung ist es, welche die Concursverwaltung bestimmt; alles Vorhandene soll bestmöglichst zu Geld gemacht werden. Zu diesem Zwecke werden die laufenden Geschäfte abgewickelt (§ 22 C.O.), Mobilien und Immobilien veräussert oder aus dem Concursverfahren ausgeschieden (§ 144 ff.), auch neue Geschäfte, wenn nöthig, abgeschlossen (§ 142 C.O.). Mit dieser Thätigkeit ist ausschliesslich der Masse-

[29]) § 133 C. O.; anscheinend a. M. Gl. U. No. 7218.

[1]) Frankl, Zur Revision des österreichischen Concursr. (in Jur. Vierteljsch. XXVIII S. 18 ff.); Schwarz, II S. 346 ff.; Kaserer S. 197 ff.; Kissling S. 220 ff.; Gspan a. a. O. III S. 84 ff.; Pollak, Ueber die Bestellung des Masseverwalters (in Grünhut's Ztsch. XXIV); §§ 100, 154 ung. C.O.

verwalter[2]) betraut (s. § 29 und 47). Zwar sagt § 144 C.O., dass nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt die „Gläubigerschaft" das Verwaltungsgeschäft selbständig betreibe; im § 140 C.O. ist der Masseverwalter weiter verpflichtet, bei allen wichtigen Verwaltungshandlungen (vor wie nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt) den Beschluss des Gläubigerausschusses einzuholen; nach den §§ 147 und 148 C.O. endlich bedarf der Masseverwalter zur Vornahme bestimmter Rechtshandlungen der Ermächtigung anderer Organe des Concursverfahrens. Aus diesen Vorschriften könnte man schliessen, dass nicht der Masseverwalter es ist, welcher die Verwaltung des Concursvermögens führt; allein die Unrichtigkeit dieser (vom Gesetzgeber allerdings getheilten) Auffassung ist oben auf S. 147 ff. und 230 ff. nachgewiesen: Verwalter der Masse ist darnach ausschliesslich der Masseverwalter; es wirken rechtlich nur seine Handlungen, und die gesetzlichen Befugnisse seines Amtes können ihm nicht, namentlich nicht mit Wirkung nach Aussen eingeschränkt werden (§ 144 Abs. 2 C.O.). Die obcitirten §§ 140, 144, 147 und 148 C.O. gewähren den Gläubigern keine Verwaltungsbefugniss, sondern nur die rechtliche Befugniss, die Entschliessungen des Masseverwalters rücksichtlich der Verwaltung zu beeinflussen.

II. Diese Construction entspricht zwar dem Gesetze, aber nicht den Absichten der Gesetzgeber; diese legten der C.O. ihren Gedanken der Gläubiger-Autonomie zu Grunde, welchem der obcitirte Satz des § 144 C.O. entsprang; vom Standpunkte des Gesetzgebers aus konnte dann vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt von einer Gläubiger-Autonomie nicht die Rede sein, weil es da noch Niemanden giebt, den man befugter Weise als Gläubiger hätte bezeichnen können; aus dieser Erwägung entstand dann der erste Satz des § 142 C.O. Nach diesen zwei Bestimmungen der §§ 142 und 144 C.O. gilt demnach als Regel für die Verwaltung im Concurse: vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt wird die Masse ermittelt, sichergestellt und vorläufig benützt (§ 142 C.O.); nach dieser Tagfahrt wird sie realisirt (§ 144 C.O.). Durch diese Anordnung sollte also vermieden werden, einerseits, dass die

---

[2]) A. M. Kohler, Lehrb. S. 102 ff.; 167, 273 ff, welcher der Gläubigerschaft die Verwaltung zuspricht; vgl. auch Frankl a. a. O. S. 19 ff.; 35 ff. Aber man muss doch unterscheiden: bestimmenden Einfluss auf den Verwalter und Führung der Verwaltung.



„präsumtive Gläubigerschaft", d. i. eine Gruppe von Personen, welche ganz ungeprüfte, lediglich bescheinigte Forderungen (§ 74 C.O.) geltend machen, das wichtige Realisationsgeschäft bestimme; andererseits, dass diese Realisation etwa vorzeitig und darum ohne bestimmende Intervention der Concursgläubiger vor sich gehe. So consequent jedoch diese Bestimmungen der §§ 142 und 144 C.O. aus dem Gedanken der Gläubiger-Autonomie entwickelt sind, sind sie sachlich doch nicht zu rechtfertigen, und die C.O. selbst muss so zahlreiche Ausnahmen von ihnen machen, dass die Ausnahmen die Regel überwuchern.

Es ist nämlich — von anderen Erwägungen ganz abgesehen — höchst bedenklich, wenn die Realisation der Masse durch die citirten Vorschriften der §§ 142 und 144 C.O. auf einen späten Zeitraum des Verfahrens verschoben und hiedurch dasselbe verlängert wird. Das praktische Bedürfniss fordert vielmehr die Zulässigkeit der sofortigen Realisation; je früher die Masse versilbert ist, desto besser. Diesem praktischen Bedürfnisse vermochten sich die Gesetzgeber denn auch trotz ihrer irrigen Theorie nicht zu verschliessen, und so entstanden die nachfolgenden erheblichen Ausnahmen von der obigen Regel der §§ 142 und 144 C.O.

a) Die Veräusserung einzelner Mobilien mit Ausnahme der Gerechtsame und Seeschiffe vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt ist zulässig[3])

1. bei Fortführung des Geschäftes (s. c.),

2. zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens,

3. zur Sicherung eines offenbaren Vortheiles für die Masse; diese Veräusserung hat zu unterbleiben, wenn ein Rückforderungsanspruch an dem zu veräussernden Objecte dem Concurscommissär oder dem Masseverwalter[4]) bekannt ist (§ 142 C.O.).

Vor der Veräusserung ist, wenn möglich, die Zustimmung des Gläubigerausschusses einzuholen (§ 140 C.O.); die Giltigkeit der Veräusserung hängt jedoch hievon ebensowenig ab, wie davon, ob diese Veräusserung wirklich einen Nachtheil erspart oder einen Vortheil gebracht hat.

b) Die Veräusserung von einzelnen Immobilien, sowie von Gerechtsamen und Seeschiffen ist vor der allgemeinen Liqui-

---

[3]) Ohne Rücksicht darauf, ob sie inventirt sind; die gegentheilige Meinung ist ohne gesetzlichen Anhaltspunkt; a. M. Gl.U. No. 4506.

[4]) § 142 C.O. sagt dies nicht ausdrücklich.



dirungstagfahrt gestattet, wenn ausserordentliche Umstände deren Vornahme zur Abwendung eines grossen Nachtheiles dringend erheischen (§ 142 C.O.). Juristisch unterscheidet sich dieser Thatbestand nur wenig von dem sub a, 2. Die Zustimmung des Gläubigerausschusses ist wenn möglich, jene des Concurscommissärs immer vor der Veräusserung einzuholen (§ 147 C.O.). Die Giltigkeit der Veräusserung hängt jedoch weder vom Vorhandensein des Thatbestandes des § 142 C.O. noch von der Zustimmung des Gläubigerausschusses oder des Concurscommissärs ab; nur muss die im § 147 al. 3 C.O. vorgesehene Bestätigung des Concurscommissärs vorliegen.

Sowohl die Veräusserung von Mobilien, als jene der Immobilien soll in diesem Zeitraume nach den Vorschriften der Executionsordnung[5]) stattfinden. Doch kann von denselben bei Mobilien (mit Ausnahme von Forderungen) mit Zustimmung des Concurscommissärs, bei Immobilien einschliesslich der Gerechtsame und Seeschiffe mit Zustimmung des Concursgerichtes ganz oder theilweise[6]) abgegangen werden;[7]) über Forderungen giebt § 146 C.O. eine specielle, unten sub V zu erörternde Vorschrift.

c) Die Fortführung des Geschäftes ist gestattet, wenn sie zum Vortheile der Masse gereicht, oder wenn die Nichtfortführung die begründete Aussicht auf einen Ausgleich vereitelt oder verringert[8]) (§ 142 C.O.). Dieser Thatbestand ist sehr schwankend bestimmt und überlässt eigentlich alles dem pflichtmässigen Ermessen der Organe des Concursverfahrens; es wäre einfacher gewesen, im Gesetze auf dieses pflichtmässige Ermessen zu verweisen. Die Zustimmung des Gläubigerausschusses ist, wenn möglich, einzuholen,[9]) da die Fortführung des Geschäftes ja eine Verwaltungshandlung (§ 140 C.O.) ist. Aber gerade hier

---

[5]) § 146 C.O. sagt „im Wege der öffentlichen Versteigerung“; § 145 C.O. hat die richtige Formulirung.

[6]) Ungenau Gl.U. No. 6128.

[7]) Mieth- und Pachtverträge sind im Falle der freiwilligen Veräusserung im Concurse ebenso zu behandeln wie bei der executiven Veräusserung (§ 23 C.O.).

[8]) Makower, Zur Revision der C.O. (in Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XX S. 457); v. Schullern in Ztschr. für Volkswirthschaft I S. 428 ff.; Frankl a. a. O. S. 37 f.

[9]) Keinesfalls darf das Geschäft wider den erklärten Willen des Ausschusses fortgeführt werden; vgl. § 156 ung. C.O.

kann kein Nachdruck darauf gelegt werden, dass die Zustimmung des Ausschusses vorliege; denn die Frage der Fortführung des Geschäftes hat Eile, und der Gläubigerausschuss tritt frühestens nach der Wahltagfahrt zusammen. Der Masseverwalter wird darum über die Fortführung des Geschäftes nöthigenfalls auch allein oder nach Befragung des Concurscommissärs entscheiden müssen.

Die Rechtswirkungen, welche Dritten gegenüber aus der Fortführung des Geschäftes entstehen, sind von den Voraussetzungen des § 142 C.O. unabhängig.

d) Die Veräusserung (Abtretung) von industriellen oder Handelsunternehmungen ist mit der Zustimmung des Concursgerichtes zulässig; über ihre rechtliche Bedeutung s. VIb.

e) Ueber die Durchführung zweiseitiger Verträge, welche bei der Concurseröffnung beiderseits noch nicht oder nicht völlig erfüllt sind (§ 22c C. O.), und über ihre Auflösung (§§ 22, 23 C. O.) s. § 40 VIII.

III. Von der vierfachen Thätigkeit, welche die Verwaltung der Activen erfordert ist ein Punkt, ihre Ermittlung schon im § 58 besprochen.

Die Sicherung, Verwahrung der Activen geschieht zunächst durch Siegelung (s. § 58 VII). Soweit dieselbe nicht Platz greift, gilt Folgendes:

Vorgefundene oder eingehende Gelder sind vom Masseverwalter[10]) in zinstragenden, wenn möglich pupillarsicheren Werthpapieren anzulegen; als Regel sind dann diese, sowie alle anderen Werthpapiere und Kostbarkeiten bei Gericht oder bei der österreichisch-ungarischen Bank zu deponiren; doch steht es vor der Wahl eines Gläubigerausschusses dem Concurscommissär, nach der Wahl dem Ausschusse frei, auch wider den Willen des Verwalters eine andere Art der Verwahrung zu beschliessen und anzuordnen (§ 139 C.O.). Gegen den Bescheid des Concurscommissärs stehen dem Masseverwalter die Rechtsmittel zu (§ 257 C.O.), nicht auch gegen Beschlüsse des Gläubigerausschusses (S. 248); der Gemeinschuldner ist in keinem Falle legitimirt, ein Rechtsmittel einzulegen[11]).

IV. Für die wichtigste Verwaltungsthätigkeit, die Realisirung

---

[10]) Gl.U. No. 10745.

[11]) Gl.U. No. 11103.

der Activen gilt als Regel, dass sie „in der im Executionsverfahren vorgeschriebenen Weise", d. h. als Einzelnexecution (vgl. aber § 276 E. O.) nach Vorschrift der E. O. zu erfolgen habe (§ 145 C. O.). Die Anwendung dieser Norm war zur Zeit der Erlassung der C.O. leicht, weil die A. G. O. bei der Zwangsvollstreckung von dem in der C. O. dann recipirten Grundsatze ausging, dass die ihr unterworfenen Objecte jedenfalls veräussert werden sollten. Die C.O. vom 27. April 1896 R.G.B. No.79 hat mit diesem Grundsatze aber gebrochen und beruht auf dem Gedanken, dass eine Execution nur dann durchgeführt werden solle, wenn sie dem betreibenden Gläubiger eine wenigstens theilweise Befriedigung bringe, und dass ihre Durchführung, wenn möglich, nicht das wirthschaftliche Verderben des Schuldners herbeiführen solle. Es besteht somit jetzt ein principieller Unterschied zwischen den Zwecken eines Concurses und jenen einer Execution: der Concurs ist auf die Versilberung der Masse um jeden Preis gerichtet; die Execution vermeidet die Versilberung, wenn sie nur mit der Verschleuderung des schuldnerischen Vermögens oder mit der Vernichtung der wirthschaftlichen Persönlichkeit des Schuldners erkauft werden könnte. Aus diesem Widerspruche in den Zwecken der beiden Rechtsinstitute ergeben sich nun Schwierigkeiten bei der Anwendung des § 145 C. O., dass die Realisirungen der Concursactiven (in der Regel) „in der im Executionsverfahren vorgeschriebenen Weise" zu erfolgen haben. Wie soll diese Norm befolgt werden, wenn einzelne Bestimmungen der E. O. dem genannten Zwecke der Versilberung im Concurse widersprechen?

Dass es solche Widersprüche gibt, ist leicht zu erweisen; die zahlreichen Vorschriften der E. O. über das geringste Gebot, oder die Fristen der §§ 188 und 200 Z. 3 E. O. z. B. stehen mit den Zwecken des Concurses in argem Widerspruche. Es wäre wünschenswerth gewesen, dass die E. O. dieselben durch eine ausdrückliche Norm gelöst hätte; da dies unterblieben ist, hat die Theorie diese Aufgabe zu erfüllen. Mit Rücksicht auf § 145 C. O. und Art. 1 Abs. 2 E. O. ist dabei als Grundsatz festzuhalten: nur jene Normen der E. O. sind im Concurse nicht zu berücksichtigen, welche mit dem Zwecke des Concurses unverträglich sind, nicht schon jene, deren Anwendung im Concurse lediglich unzweckmässig ist. Aus diesem Grundsatze ergeben sich im Einzelnen folgende Resultate.

Unanwendbar sind im Concurse die Bestimmungen der

§§ 151, 244, 277, 280, 318 und 332 E. O. über das geringste Gebot;[12]) eine solche Beschränkung der Versteigerung hat im Concurse nicht statt. Ebenso unanwendbar sind die Normen der §§ 319 und 322 E. O. über die Unzulässigkeit der Versteigerung der dortselbst genannten Geldforderungen (s. auch § 146 C. O.). An die Präclusivfrist von einem Monate, welche § 188 Abs. 2 E. O. dem betreibenden Gläubiger zum neuerlichen Antrag auf Versteigerung des Immobile stellt, ist der Masseverwalter nicht gebunden; auch gelten für ihn die halbjährigen Fristen der §§ 188 und 200 Z. 3 E. O. für den neuerlichen Antrag auf Zwangsversteigerung nicht; er kann den Antrag jederzeit stellen. Der Masseverwalter ist ferner berechtigt, jederzeit die Versteigerung der im § 334 E. O. genannten Vermögensrechte (anstatt ihrer Ueberweisung, Verwaltung oder Verpachtung) zu begehren, und wider ihn kann der Gemeinschuldner trotz des § 201 E. O. auch nicht die Einleitung der Zwangsverwaltung an Stelle der Zwangsversteigerung beantragen. Die Uebernahme von Activen durch einen Dritten statt im Versteigerungswege aus freier Hand um einen den Schätzwerth um mindestens ein Viertel übersteigenden Betrag (§§ 200 Z. 1 und 271 E. O.) darf vom Gerichte nur mit Zustimmung des Masseverwalters bewilligt werden.[13]) Zweifelhaft ist die Anwendbarkeit des § 39 Z. 8 E. O. über die Einstellung einer Execution, welche nicht erwarten lässt, dass ihre Fortsetzung einen Ertrag über die Kosten ergiebt; doch wird man die Unanwendbarkeit auch dieser Norm im Concurse behaupten müssen, weil die Möglichkeit eines Ertrages doch nicht ausgeschlossen ist, und weil gegen leichtsinnige Veräusserungen durch den Masseverwalter die Kostenbestimmung durch die Gläubiger Schutz bietet. Anwendbar sind die anderen Bestimmungen der E. O., welche in Frage kommen, so z. B. jene der § 15, 28 und 252 E. O., jene des Ueberbotes,[14]) der Wiederversteigerung,[15]) auch jene des § 184 Z. 8 E. O. über den Widerspruch wider den Zuschlag wegen mangelnder Deckung einer der Pfandforderungen; würde doch für

---

[12]) A. M. Kohler, Lehrb. S. 274. Vgl. den (nicht in die E. O. übergegangenen) § 21 des Ges. v. 10. Juni 1887 R. G. Bl. No. 74.

[13]) Inwieweit der Masseverwalter in diesen Fällen die Zustimmung des Gläubigerausschusses einzuholen hat, bestimmt sich nach den §§ 140 ff. C. O.

[14]) E. v. 29. August 1888 Z. 10115; Jur. Bl. 1888 S. 481.

[15]) Gl. U. No. 13864.



die Concursmasse in diesem Falle des § 184 E. O. keinesfalls ein Ueberschuss aus dem Pfanderlöse sich ergeben.

Diese Realisirungen der Concursactiven sollen „in der Regel ohne gerichtliche Dazwischenkunft stattfinden" (§ 144 C. O.). Doch ist damit nur gemeint, dass ein materieller Einfluss des Concursgerichtes nicht statthabe, dass z. B. das Gericht nicht zu bestimmen habe, welche Objecte und wann sie zu versilbern sind. Dagegen ist auf das Verfahren dem Gerichte durch § 145 C. O. der nöthige Einfluss dann gewahrt, wenn die E. O. bei dieser Realisirung Anwendung findet. Zur Bewilligung einer solchen Realisirung ist (zwar nicht das Concursgericht, wohl aber) der Concurscommissär[16]) berufen; als Vollzugsgericht schreitet das in den §§ 18 ff. E. O. genannte Gericht ein.

V. Schon bei der Erlassung der C. O. wusste man, dass die im Executionsverfahren vorgenommenen Veräusserungen durchaus nicht immer das schnellste und beste Resultat liefern. Darum gestattet die C. O. bei Immobilien die „theilweise oder gänzliche" Umgehung des Executionsverfahrens (§ 148 C. O.), bei Mobilien mit Ausnahme der Forderungen und der wiederkehrenden Bezugsrechte ihre Veräusserung „in einer anderen als der im Executionsverfahren vorgeschriebenen Weise" (§ 147 C. O.).[17]) Da auch eine Umgehung der E. O. „eine andere . . . als die . . . vorgeschriebene Weise" der Veräusserung ist, lautet die Ermächtigung der C. O. trotz der verschiedenen Textirung für Immobilien und für Mobilien (mit Ausnahmen der Forderungen und wiederkehrenden Bezugsrechte) gleichmässig dahin, dass bei ihrer Veräusserung im Concurse vom Executionsverfahren abgegangen werden könne.[18]) Für die Veräusserung von Forderungen, Renten-, Ratenansprüchen und sonstigen wiederkehrenden Bezugsrechten enthält § 146 C. O. die Bestimmung, dass sie entweder in Gänze (Forderungen in Pausch

---

[16]) A. M. Müller, Handb. der Munipulationsdienstes S. 179; s. oben S. 94 IV.

[17]) Die Vorschriften sind dem § 158 der preuss. C. O. v. 8. Mai 1855 entnommen, welcher sowohl bei der Veräusserung von Immobilien als bei jener von Mobilien von „Abweichung" vom Executionsverfahren spricht.

[18]) Ebenso § 158 ung. C. O. Von diesen §§ 147 und 148 C. O. wird jetzt mit Rücksicht auf den sub IV hervorgehobenen principiellen Widerspruch zwischen der C. O. und der E. O. vielfach Gebrauch gemacht werden.

und Bogen) aus freier Hand oder nach Vorschrift der Executionsordnung zu erfolgen habe.[19])

Die C. O. denkt sich jede Abweichung von den Vorschriften der E. O. als eine Ausnahme und verlangt darum für dieselbe bei Mobilien einen Beschluss des Gläubigerausschusses (resp. des Concurscommissärs, § 147 C. O.), bei Immobilien der Gläubigerversammlung (resp. des Concursgerichtes § 148 C. O.), bei Forderungen und wiederkehrenden Bezugsrechten a) den Beschluss einer Gläubigerversammlung, bei welcher nur jene concurrirenden[20]) Gläubiger das Stimmrecht haben, welche noch nicht durch Zahlung oder Sicherstellung völlig entfertigt sind,[21]) und b) die Unterlassung eines „Einspruchs"[22]) des Gemeinschuldners wider diesen Beschluss, wenn die Veräusserung auf Grund desselben unter dem Nominalwerthe erfolgen soll (§ 146 C. O.). In den anderen Fällen einer Abweichung von der E. O. bei der Veräusserung von Mobilien oder Immobilien hat der Gemeinschuldner kein Recht des Einspruchs;[23]) ebensowenig dürfen der Concurscommissär oder das Concursgericht nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt ordnungsmässig und innerhalb des gesetzlichen Wirkungskreises gefasste (wenn auch noch so zweckwidrige) Beschlüsse der Gläubigerorgane sistiren oder beheben.[24])

VI. Die Abweichungen vom Executionsverfahren können in einem Wegfallen einzelner Vorschriften der E. O. oder in ihrer gänzlichen Ausserachtlassung bestehen.

Wie weit einzelne Vorschriften der E. O. bei der Durchführung von Veräusserungen im Concurse unbeachtet bleiben sollen, bestimmen von Fall zu Fall die zu einer solchen Beschlussfassung

---

[19]) Eine Motivirung für diese Ausnahmestellung der Forderungen etc. fehlt. § 146 C. O. ist übrigens nicht genau textirt; s. Anm. 5.

[20]) § 146 C. O. spricht von „Gläubigern", ohne sie genauer zu bezeichnen; ebenso Kissling S. 230; Schwarz II S. 359. Vgl. hiezu K., die Rechtstellung der Actionäre im Concurse der Actienges. (in Mittheil. der Prager dtsch. Jur. Ver. VIII S. 60 ff.).

[21]) Dieser Beschluss kann darum vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt weder von einer Gläubigerversammlung noch vom Concursgerichte gefasst werden.

[22]) Dies ist kein Rechtsmittel.

[23]) Gl. U. No. 11103.

[24]) Gl. U. No. 10704.

berufenen Organe[25]) (s. IV); dieselben sind hiebei beschränkt durch die in der C.O. anerkannten Rechte der Realgläubiger (§ 163 C.O., s. oben § 53 VI) und durch das ius strictum der E.O., insoweit es im Concurse nicht unanwendbar ist (s. oben IV). Bei einer vollständigen Umgehung der E.O. haben dagegen die eben benannten Organe nur die Rechte der Realgläubiger zu wahren und sonst mit Ausnahme des § 146 C.O. freie Hand; sie können z. B. einen Verkauf in Pausch und Bogen beschliessen, der sich besonders bei einem Waarenlager empfiehlt; sie können auch einen Verkauf aus freier Hand oder nach den §§ 267 ff. des kais. Pat. vom 9. August 1854 R.G.B. No. 208 durchführen.[26]). Nur bei der Veräusserung von Forderungen und wiederkehrenden Bezugsrechten ist ihre Freiheit dahin beschränkt, dass sie dieselben entweder eintreiben oder aus freier Hand in Pausch und Bogen (in Gänze) unter Ablehnung der Haftung[27]) für Richtigkeit und Einbringlichkeit, oder endlich nach der E.O. veräussern müssen[28]) (§ 146 C. O., s. oben V).

Zwei Formen einer Veräusserung unter Abstandnahme von der E. O. sollen ihrer Wichtigkeit halber noch kurz besprochen werden.

a) Die Fortführung des schuldnerischen Geschäftes (s. IIc; vgl. auch §§ 341 ff. E.O.) ist vortheilhaft, um die Waaren, sei es einzeln, sei es in Partien, sei es in Pausch und Bogen, zu angemessenen Preisen, oder um das Geschäft als Ganzes zu veräussern. Da das Geschäft des Gemeinschuldners fortgeführt wird, bedarf es keiner neuen Gewerbeanmeldung im Concurse (§ 56 Gen. Ordng.); Gewinn und Verlust aus dieser Geschäftsführung geschehen (wenn auch zunächst für die „Concursmasse", so doch rechtlich) für den Gemeinschuldner (S. 122). Wird der Betrieb des

---

[25]) Gl.U. No. 6128, 6302, 11354.

[26]) In der Praxis spricht man von „cridamässigen" Feilbietungen; darunter sind nicht die nach § 267 des kais. Pat. v. 9. August 1854 betriebenen zu verstehen, sondern die vom Masseverwalter (sei es nach der E.O., sei es nach dem cit. Pat.) durchgeführten.

[27]) § 146 C.O. verordnet ungenau nur die Ablehnung der Haftung der „Masse"; auch der Gemeinschuldner haftet nicht.

[28]) Es kann aber auch von jeder Veräusserung abgesehen werden; Schwarz II S. 359.

Geschäftes während des Concurses aufgegeben,[29]) so ist der Masseverwalter kraft seines Amtes zur Gewerbeabmeldung berufen.[30])

b) Die „Abtretung“ von industriellen oder Handelsunternehmungen (welche zur Masse gehören, oder woran der Gemeinschuldner unter persönlicher Haftung betheiligt war) als Ganzes (§ 148 C. O.). Der Zweck dieser Veräusserung ist klar: sie ermöglicht einen „Verkauf“ nicht bloss aller Mobilien in Pausch und Bogen, sondern auch der Geschäftsbeziehungen, insbesondere der Kundschaft.[31]) So klar aber der Zweck des § 148b C. O. ist, so unklar sind seine Voraussetzungen und seine Rechtswirkungen. Die Voraussetzung für eine solche Abtretung soll sein entweder ein Vergleich „mit Last und Vortheil“ oder die Abtretung, unter solchen Bedingungen, durch welche die Haftung der Masse oder der Umfang ihrer Ansprüche wesentlich (!) geändert wird.“

Bei der zweiten der Voraussetzungen kann man noch an etwas, nämlich an eine Uebernahme der Passiven oder der Activen durch den Erwerber der Unternehmung denken. Freilich darf man sie nicht juristisch interpretiren; denn ein Activenübergang vom Gemeinschuldner an den Uebernehmer der Unternehmung ist zwar rechtlich ohne Zustimmung des Schuldners möglich; aber der ungleich wichtigere Fall des Passivenüberganges vom Gemeinschuldner an den Dritten ist, da § 148 C. O. nichts normirt, nach den Grundsätzen des Privatrechts, also nur derart zulässig, dass entweder der Gemeinschuldner seinen Gläubigern verpflichtet bleibt, (und dann ist die „Haftung der Masse“ juristisch nicht verändert) oder dass diese Gläubiger den Gemeinschuldner (die Masse) der Haftung entlassen. Da das letztere nur sehr selten geschehen dürfte, wäre die Anwendbarkeit des § 148b C. O. bei dieser juristischen Interpretation sehr beschränkt, und man muss sich deshalb damit begnügen, wenn vom Erwerber die Activen übernommen werden und den Verpflichtungen des Gemeinschuldners beigetreten wird; hiedurch wird die Haftung der Masse immerhin ökonomisch alterirt. Freilich ist dann überhaupt nicht klar, warum diese Voraussetzung aufgestellt wurde.

---

[29]) Die Firma wird deshalb nicht gelöscht; v. Canstein, Lehrb. d. Handelsr. I S. 606; a. M. Adler-Clemens No. 139, 1469.

[30]) Altschul in Jur. Bl. 1896 S. 186.

[31]) Diese en bloc Veräusserungen sind häufig; s. Verhdlg. des XXIII. dtsch. Jur. Tg. I S. 142 ff.



Ganz unverständlich ist aber die erste Voraussetzung, bei welcher von einem dem österreichischen Rechte fremden Vergleichsbegriffe ausgegangen zu sein scheint; ein „Vergleich mit Last und Vortheil", welcher zur „Abtretung" einer Unternehmung führt, ist wohl ein perplexes Rechtsgeschäft. Man muss darum von dieser ersten Voraussetzung des § 148b C.O. absehen, sie als nicht geschrieben betrachten.

Die Rechtsgiltigkeit der Abtretung hängt zum Glücke nicht von diesen Voraussetzungen ab, und zwar sowohl deshalb nicht, weil der Uebernehmer sich mit der gehörigen Legitimation des Masseverwalters zur Abtretung genügen lassen kann, ohne sich darum zu kümmern, wie diese Legitimation zustande kam, als auch deshalb, weil die ordnungsmässig gefassten Beschlüsse der Gläubigerversammlung (resp. die rechtskräftigen Beschlüsse des Concursgerichtes, § 148 C.O.) etwaige Mängel der Voraussetzungen saniren.

Die Rechtswirkungen dieses Geschäftes nach § 148b C.O. sind auch nicht klar gestellt. Zwar lässt sich erklären, was unter industrieller oder Handelsunternehmung zu verstehen ist; man fasst darunter den Complex alles dessen zusammen, was zum Betriebe eines Geschäftes gehört, also auch den Kundenkreis, die Geschäftschancen.[32]) Der Ausdruck „Abtretung" im § 148 C.O. ist schon unklarer, da hierunter regelmässig „Cession" verstanden wird; doch kann man noch ohne Zwang „Abtretung" gleich „Veräusserung" setzen, wie es das amtliche Register zum a. b. Gb. ad § 879 thut. Nicht speciell normirt sind dagegen die Rechtswirkungen dieser Veräusserung, obwohl hier eine Norm sehr nöthig wäre. Eine Uebernahme der Activen durch den Erwerber der Unternehmung kann allerdings erfolgen, da es hiezu keiner Zustimmung der Drittschuldner bedarf. Dagegen kann von einer Uebernahme von Passiven des Gemeinschuldners durch den Unternehmer nur dem Masseverwalter gegenüber gesprochen werden; d. h. der Uebernehmer verpflichtet sich, bestimmte Ansprüche Dritter, welche aus der Masse befriedigt werden müssten, aus Eigenem zu bezahlen. Aber damit ist, wie schon oben bemerkt wurde, die Haftung des Gemeinschuldners (und der Concursmasse) für diese Ansprüche nicht erloschen und sie kann auch ohne Zustimmung dieser Dritt-

[32]) Ueber die sonst hierher gehörige Firma (Staub S. 46) s. oben § 57 III A 1.



gläubiger nicht erlöschen. Mit anderen Worten: insolange die Gläubiger des Gemeinschuldners nicht dem Tausche ihrer Schuldner (an Stelle des Gemeinschuldners tritt dann der Erwerber der Unternehmung) zustimmen, bleibt der Gemeinschuldner ihnen verpflichtet. Die Rechtswirkung einer Veräusserung der Handelsunternehmung unterscheidet sich dann hinsichtlich der Passiven des Concurses nicht von einer anderen Veräusserung aus freier Hand im Concurse, und es bleibt unerklärt, warum § 148b C.O. hiefür (abgesehen von der Zustimmung der Gläubigerversammlung) noch andere, rechtlich wirkungslose Thatbestandsmomente aufstellt.

VII. Ueber die **Resultate** seiner Verwaltung erstattet der Masseverwalter in angemessenen Zeiträumen dem Concurscommissär und den Organen der concurrirenden Gläubiger Bericht und legt ihnen binnen 30 Tagen nach Ablauf eines jeden Verwaltungsjahres, sowie am Ende seiner Verwaltung Rechnung[33]) (§ 149 C.O.). Die Rechnung über die gesammte Concursverwaltung mit Ausnahme jener der Immobilien ist dem Concurscommissär, jene über die im Concurse verwalteten Immobilien dem Gerichte am Amtssitze des Concurscommissärs dann vorzulegen, wenn das Concursgericht die Real- oder Berggerichtsbarkeit über die betreffenden Immobilien ausübt,[34]) sonst dem betreffenden Real- oder Berggerichte[35]) (§ 117 J.N. § 153 C.O.).

a) Die Genehmigung oder Bemängelung der allgemeinen Verwaltungsrechnung steht dem Gläubigerausschusse als solchem[36]) (in seiner Ermangelung dem Concurscommissär), sowie dem etwa neu eintretenden Verwalter zu; sie ist zugleich eine Amtspflicht dieser Organe[37]) (§ 150 C.O.). Die einzelnen concurrirenden[38]) Gläubiger haben wohl die Befugniss, von der Rechnung Einsicht zu nehmen und ihre Bemerkungen über dieselbe zu

---

[33]) Kissling S. 234 ff.; Schwarz II S. 36 ff.; Kohler S. 412 ff.; §§ 161 ff. ung. C.O.

[34]) § 153 C.O. sagt absichtlich nicht „beim Concursgerichte", sondern „bei dem Gerichte, bei welchem der Concurscommissär seinen Amtsitz hat"; der Grund dieser Vorschrift ist die im § 153 al. 2 C.O. vorgesehene Vereinfachung der Rechnungsprüfung; a. M. Schwarz II S. 375 ff.

[35]) Gl.U. No. 9883, 13374.

[36]) Der rechnunglegende Verwalter hat kein Stimmrecht.

[37]) Dr. G., Weigerung der Ausschüsse, die Rechnung des Masseverwalters zu fertigen (in G.H. 1883 No. 42).

[38]) § 149 C.O. sagt ungenau: „allen Gläubigern".

Protokoll abzugeben (§ 149 C. O.); die Genehmigung oder Bemängelung selbst steht ihnen jedoch nicht zu. In gleicher Stellung befindet sich der Gemeinschuldner (§ 150 C. O.), trotzdem er an der richtigen Erledigung der Rechnung rechtlich interessirt und gerade bei ihr nicht durch den Masseverwalter vertreten ist.

Das Verfahren bei der Prüfung dieser Rechnung ist folgendes. Der Concurscommissär theilt die Rechnung dem Gläubigerausschusse und dem etwa neu eintretenden Masseverwalter zur Einsicht mit und ordnet gleichzeitig eine Tagfahrt zur Prüfung an; von dieser sind alle concurrirenden Gläubiger mit Edict zu verständigen, und es ist auch der Gemeinschuldner vorzuladen. Bei der Tagfahrt ist vom Concurscommissär den concurrirenden Gläubigern und dem Gemeinschuldner Einsicht in die Rechnung zu gewähren, eine eventuelle Richtigstellung derselben in Güte zu versuchen, schliesslich aber eine ausdrückliche Erklärung des Gläubigerausschusses und des neuen Masseverwalters über die Rechnung zu provociren; eine gerichtliche Erklärung findet nicht statt. Wird die Rechnung genehmigt, so giebt es dawider (ausser dem Falle der Nullität oder der strafbaren Handlung) keinen Rechtsbehelf;[39]) wird die Genehmigung versagt, so hat der Concurscommissär die Parteien auf den Rechtsweg vor das Concursgericht zu verweisen (§ 150 C. O.). Ueber die Klägerrolle ist nichts bestimmt und ebensowenig darüber, wer Partei zu sein hat. Man wird den Gläubigerausschuss wohl gleich dem Aufsichtsrathe einer Commandit-Actiengesellschaft (Art. 194 H. G.) die formelle Parteifähigkeit für diesen Fall zusprechen, so dass er (eventuell mit dem neuen Masseverwalter) die eine, der rechnunglegende Masseverwalter die andere Processpartei bildet; jeder dieser Parteien ist es überlassen, die Klägerrolle zu ergreifen.[40])

Anders ist der Vorgang in dem vom Gesetze nicht geregelten Falle, dass es keinen Gläubigerausschuss und auch keinen neuen Verwalter giebt. Da geht die Genehmigung oder Bemängelung der Rechnung vom Concurscommissär aus; gegen dessen Bescheid giebt es keine Klage, wohl aber die Rechtsmittel (§ 256 C.O.).

b) Die Genehmigung oder Bemängelung der Rechnung über

---

[39]) Auch nicht die Erinnerung des § 176 C.O.; ihre Zulassung wäre ja eine Umgehung des § 150 C.O.; a. M. Schwarz II S. 365 f.

[40]) Abweichend Schwarz II S. 366.

ein Immobile steht ausser dem Gläubigerausschusse und dem neuen Masseverwalter noch jedem einzelnen Realgläubiger[41]) zu.

Das Verfahren ist verschieden, je nachdem das Realgericht und das Concursgericht zusammenfallen oder nicht. Fallen sie nicht zusammen, so werden beim Realgerichte bei einer Tagfahrt die Bemängelungen der Realgläubiger oder ihre Genehmigung der Rechnung zu Protokoll genommen (§ 153 C. O.); Realgläubiger, welche nicht erschienen sind, sind von dem Rechte der Bemängelung ausgeschlossen (§ 256 E.O.); hierauf wird das Protokoll sammt der Rechnung ohne gerichtliche Erklärung über die Richtigkeit der Rechnung[42]) dem Concurscommissär übersendet, welcher das weitere Verfahren nach den §§ 149—151 C.O. einleitet[43]) (s. a). Ist das Concursgericht zugleich Realgericht, so findet eine Tagfahrt zur Prüfung der Rechnung sowohl mit den Realgläubigern als auch mit dem Gläubigerausschusse und dem neuen Masseverwalter vor dem Concurscommissär statt.

Auch in den sub b dargestellten Fällen kann der Concurscommissär wohl die Erklärung des Gläubigerausschusses, nicht aber jene der Realgläubiger suppliren. Rücksichtlich dieser letzteren steht die C.O. auf dem Standpunkte der Sequestrationen nach § 297 A.G.O., nach welchem die Rechnung nicht im officiosen, sondern im Processe zu erledigen war;[44]) dieser Standpunkt der C.O. ist durch die Vorschriften der E.O. über Zwangsverwaltung (§§ 116 ff. E.O.) nicht alterirt worden, weil die Concursverwaltung eines Immobile eben keine Zwangsverwaltung ist. Nähme man übrigens die Anwendbarkeit der E.O. in diesem Falle an, so käme man zu dem unleidlichen Resultate, dass über eine und dieselbe Rechnung das Gericht rücksichtlich der Realgläubiger, und der Gläubigerausschuss hinsichtlich des Concurses je eine Erklärung abgeben, deren Identität durch nichts gewährleistet wird.

VIII. Auch die anderen Vermögensverwalter im Concurse (§ 37) haben Rechnung zu legen, obwohl die C.O. darüber keine Bestimmung enthält. Es gelten per analogiam die §§ 149 ff. C.O.; zur Bemängelung oder Genehmigung der Rechnung ist ausser den sub VII genannten Personen auch der Masseverwalter berechtigt und verpflichtet.

---

[41]) Verbo: „Bemängelung“ in al. 2 des § 153 C.O.

[42]) Dieselbe erfolgt nur auf Klage; s. VII a.

[43]) Gl.U. No. 9883.

[44]) v. Schubert-Soldern, Sequestration S. 117 ff. Vgl. jetzt §§ 128 und 231 E.O.

VIII. Capitel.

Die Anfechtungsansprüche.*)

§ 62. Allgemeines.[1])

I. Der Grundsatz unseres Privatrechtes, dass Jedermann über seine Privatrechte frei verfügen könne, kann im Concursfalle wie auch sonst ohne Einschränkung nicht bleiben; denn er würde zu groben Unbilligkeiten, zur Verletzung berechtigter Interessen führen. Dies gilt besonders auf dem Gebiete des Obligationenrechts; denn die Verpflichtung des Schuldners ex obligatione haftet zwar juristisch grundsätzlich nicht auf dem Vermögen des Schuldners,

*) Dieses Capitel behandelt nur das Anfechtungsrecht im Concurse und nimmt auf die Rechtsverhältnisse ausserhalb des Concurses nur nebenher Rücksicht.

[1]) Ullmann, Der Entwurf eines Gesetzes über die Anfechtung von Rechtsh. (in Mitth. der Prag. Jur. Ver. VIII S. 2 ff.); Ullmann, Die Gesetzesvorlage zum Schutze der Gläubiger gegen benachtheiligende Handlungen der Schuldner (i. e. l. XIII S. 71 ff.); Steinbach, Comm. S. 1 ff.; Gertscher, Anfechtung v. Rechtshandl. (G. Z. 1884 No. 31 ff.); Beisser, Bemerkungen zum österr. Anfechtungsges. (Geller's Centralbl, III S. 1 ff.); Burckhardt, System II S. 445 ff.; Menzel, Anfechtungsr. S. 1 ff.; Krasnopolski, Anfechtungsr. S. 1 ff., u. in Jur. Viertelj. XIX S. 120 ff., XX S. 1 ff.; Menzel, Die bisherige Rechtsprechung des O.G.H. (Jur.Bl. 1886 No. 13); Zistler, Die Judicatur des O.G.H. betreffend d. Ges. v. 16. März 1884 R.G.B. No. 36 (G.H. 1891 No. 8 ff., 1892 No. 38 ff., 1893 No. 9 ff.); Dr. Tr., Ueber die neuen Gesetze zum Schutze der Gläubiger (Jur.Bl. 1884 S. 224 f.). Einzelne Details sind bei Ehrenzweig, Die sog. zweigliedrigen Verträge behandelt. Aus d. dtsch. Literatur: Cosack, Anfechtungsr. S. 2 ff.; Hartmann, Gesetz, betreffend die Anfechtung v. Rechtshndlgen. eines Schuldners ausserhalb des Concursverfahrens (4. Auflage S. 2 ff.); Kohler, Lehrb. d. Concursr. S. 192 ff.

sondern besteht nur gegenüber dessen Person[2]); ökonomisch dient ihr aber doch das Vermögen als Grundlage. Während bei dinglichen Rechten die ökonomische und die juristische Deckung miteinander übereinstimmen, gehen sie also bei obligatorischen Verpflichtungen weit auseinander, und der Schuldner ist bei ihnen durch die allgemeine Privatrechtsordnung rechtlich nicht gehindert, sich seines ganzen Vermögens, somit der ganzen ökonomischen Deckung für seine Verpflichtungen zu entäussern.[3])

Die hierin liegende Unbilligkeit gegenüber den persönlichen Gläubigern hat man zu verschiedenen Zeiten in verschiedener Stärke empfunden, und die Gesetzgebung hat demgemäss je nach der Zeitströmung eine kräftigere oder minder kräftige Abwehr gegen diese Ausnützung der allgemeinen Privatrechtsnormen durch Schuldner und Gläubiger[4]) für nöthig befunden.[5])

a) Das römische Recht kennt nur die actio Pauliana.[6]) Der Schuldner behält die freie Verfügung über sein Vermögen; der einzelne Gläubiger kann ohne Rücksicht auf seine Mitgläubiger seine Befriedigung suchen. Nur wenn der Schuldner den Willen hat, einzelne Gläubiger zu verkürzen, und der bevorzugte Gläubiger dies weiss, kann die Veräusserung als alienatio in fraudem creditorum facta von den anderen Gläubigern angefochten werden.

b) Das ältere deutsche Recht, zum Theil auf einem dem Standpunkte des römischen Rechtes gleichen, zum Theile auf dem Standpunkte der Erfolghaftung (s. unten) stehend, ist auf die spätere Rechtsentwicklung ohne Einfluss gewesen.

c) Umso wichtiger ist das italienische Statutarrecht, weil es die Quelle des französischen Anfechtungsrechtes ist, welches letztere wieder auf das preussische Recht einen bestimmenden Einfluss gewonnen hat. Dieses Statutarrecht hält

---

[2]) Cosack a. a. O. S. 2 ff.; Hofmann, Zur Lehre v. beneficium inventarii (in Grünhut's Ztschr. VIII S. 558 ff.); Ehrenberg, Beschränkte Haftung S. 430 ff.

[3]) Beisser a. a. O. S. 1 ff.; Kohler S. 193. Ausnahmen bestehen: § 951 a. b. Gb.; Art. 259 H. G.

[4]) Ullmann a. a. O. S. 4 ff.

[5]) Pfaff in G. Z. 1896 S. 37. Zu den folgenden historischen Bemerkungen s. Krasnopolski a. a. O. S. 2 ff.; Gertscher a. a. O. S. 122 ff.; Cosack S. 4 ff.; Kohler S. 195 ff.

[6]) v. Schey, Zur Geschichte der actio Pauliana (in Ztschr. f. Rechtsgeschichte XIII S. 131 ff,); Arndts, Pandekten S. 444 ff.; Cosack S. 4.



zwar scheinbar den römisch-rechtlichen Grundsatz der Schuldhaftung aufrecht, präsumirt (resp. fingirt) aber für eine Reihe von Fällen den dolus, somit die Schuld, und steht demgemäss in diesen Fällen auf dem Standpunkte der Erfolghaftung.[7])

d) Das französische Recht hat (für Lyon) im Jahre 1667 diesen Grundsatz der Erfolghaftung in sehr weitem Umfange aufgenommen, indem es bestimmte: que tous les transports sur les biens des marchands, que font faillite, seront nuls, s'ils ne sont faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue.[8]) Die Ungiltigkeit der Rechtshandlungen von Kaufleuten — nur für solche kennt das französische Recht ein Concursverfahren — wurde (wohl hauptsächlich wegen der sonst bestehenden Beweisschwierigkeiten) ausschliesslich von einem ganz objectiven Maasstabe, dem Zeitpunkte ihrer Setzung abhängig gemacht; auf Willen und Wissen der Contrahenten ist keine Rücksicht genommen. Das spätere Recht milderte diese Härten durch Zulassung von Exculpationsbeweisen des Gläubigers.

e) Das preussische Recht[9]) hat namentlich in der C.O. vom 8. Mai 1855 sowohl die actio Pauliana als auch das gemilderte französische System angenommen; diese Milderung bestand, wie bemerkt, im Wesentlichen darin, dass dem Anfechtungsgegner der Beweis seiner Unkenntniss der Zahlungseinstellung als Exculpationsbeweis freistehen sollte; hierdurch konnte er die innerhalb der kritischen Zeit gesetzten Handlungen der Anfechtung entziehen. Dem preussischen Rechte nachgebildet ist das deutsche Reichsrecht, und zwar sowohl in der C.O. § 22 ff., als in dem Reichsgesetze, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Concursverfahrens vom 21. Juli 1879.[10])

f) Von einer österreichischen Rechtsentwickelung kann wenigstens seit den grossen Codificationen kaum gesprochen werden.[11]) Weder die allgemeine G.O., noch die C.O. vom 1. Mai 1781,

---

[7]) Cosack S. 11 ff.; Kohler S. 195 ff.

[8]) Cosack a. a. O. S. 7; vgl. Gertscher a. a.O. S. 125; Kohler S. 198 ff., 204.

[9]) Koch, Comm. S. 106 ff.

[10]) Hiezu das in Anm. 1 cit. Buch von Hartmann.

[11]) Ullmann a. a. O. S. 1 ff.; Steinbach, Comm. S. 1 ff. und die oben im § 2 Anm. 22 cit. Litteratur. Vgl. auch Pfaff in G.Z. 1896 S. 37.

noch das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch enthielten eine Aufnahme der actio Pauliana[12]) oder des französischen Rechtes. Das gesammte Anfechtungsrecht war im § 24 C. O., dem § 953 a. b. Gb. und im Art. 259 H. G. concentrirt. Wie aus diesen Ansätzen das gegenwärtige, im Wesentlichen das deutsche Recht recipirende Anfechtungsgesetz vom 16. März 1884 entstand, ist auf S. 10 f. dargestellt.

Wie diese historische Skizze ergiebt, sind es hauptsächlich zwei Gedanken, welche das Anfechtungsrecht bestimmen; man kann sie mit zwei dem Schadenersatzrechte entnommenen terminis als die Gedanken der Schuldhaftung und der Erfolghaftung bezeichnen. Nach dem ersten muss der bevorzugte Gläubiger die Vortheile seiner Bevorzugung herausgeben, wenn der Schuldner diese Bevorzugung wollte,[13]) und er (der Gläubiger) sie kannte, oder in manchen Fällen, wenn er sie bei gehöriger Aufmerksamkeit kennen musste; nach dem anderen entscheidet der Erfolg, d. i. die Benachtheiligung von Gläubigern ohne Rücksicht auf einen bösen Willen; die Verwendung und Verbindung dieser Gedanken im Anfechtungsgesetze ist jedoch nicht immer klar.[14]) Beide Gruppen von Handlungen sind übrigens aus Gründen der Beweiserleichterung und der Rechtssicherheit nur innerhalb bestimmter Fristen anfechtbar (§ 66 I); in den Fällen der Erfolghaftung ist diese Frist regelmässig kürzer als in jenen der Schuldhaftung.

II. Das Anfechtungsgesetz (s. S. 13) regelt als ein Theil des allgemeinen Privatrechts die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche vor der Concurseröffnung gesetzt sind,[15]) und zwar nicht als ausschliessendes Gesetz; nur insoweit andere gesetzliche Vorschriften mit dem Inhalte des A. G. nicht vereinbar sind, wurden sie durch § 52 A. G. ausser Kraft gesetzt.

---

[12]) Nur § 953 a. b. Gb. machte eine Ausnahme.

[13]) Vgl. Kornitzer, Gedanken z. Begriffe d. Benachtheiligungsabs. (in Grünhut's Ztschr. XV S. 585 ff.).

[14]) S. Menzel S. 21 ff. Die Motive (S. 37 ff. der Ausgabe des A. G. von Kaserer) stellen drei Gründe der Anfechtung auf: Fraus, Billigkeit, Dispositionsunfähigkeit (Concursanspruch); vgl. dazu die Kritik der Motive von Krasnopolski, Studien (in Grünhut's Zeitschrift XIV S. 55 ff.).

[15]) Darum ist § 1260 a. b. Gb. durch das A. G. nicht abgeändert; Krasnopolski in Grünhut's Ztsch. XV S. 85 ff.



Die Anfechtung[16]) einer Handlung auf Grund des Anfechtungsgesetzes bezweckt nicht die Aufhebung eines Vertrages oder aller Rechtswirkungen einer Handlung. Ein solcher Effect würde die Nichtigkeit der betreffenden Handlungen zur Voraussetzung haben; ihm entspräche die im § 51 Anf. Ges. aus Vorsicht ausdrücklich aufrechterhaltene Bestreitung der Giltigkeit von Handlungen, während das Anfechtungsgesetz eine solche Nichtigkeit oder Ungiltigkeit nicht statuirt hat, und nach seiner Absicht nicht statuiren durfte.[17]) Die erfolgreich angefochtene Handlung ist vielmehr und bleibt trotz des Anfechtungsgesetzes giltig, und zwar für Jedermann, insbesondere für die Contrahenten.[18]) Es sind nur die für bestimmte Personen (und zwar im Concurse für die Masse-, Concurs- und concurrirenden Gläubiger) nachtheiligen Wirkungen dieser Rechtshandlungen behoben; diese Wirkungen der giltigen und als giltig aufrechterhaltenen Handlungen sind durch das Anfechtungsgesetz im Concurse als durch die genannten Gläubiger für sie anfechtbar erklärt.

Nach dieser Grundlage des Gesetzes lassen sich die Anfechtungsansprüche nur als obligatorische Ansprüche auf Wiedergutmachung entstandenen Nachtheiles bezeichnen, und mit den Bereicherungsklagen in Zusammenhang bringen.[19]) Und mit Rücksicht darauf, dass die Anfechtungsansprüche nur Gläubigern des Gemeinschuldners zustehen, sind sie accessorische obligatorische Ansprüche. Dagegen sind sie nicht accessorisch in dem Sinne, dass sie auf der angefochtenen Rechtshandlung, dem angefochtenen Rechtsgeschäfte fussen würden[20]) (s. § 65 V).

III. Als Zweck der Anfechtungsansprüche wurde die Behebung der Wirkungen der anfechtbaren Handlungen, der erfolgten Benachtheiligung zu Gunsten der Anfechtenden bezeichnet. Dem

---

[16]) Der dem deutschen Rechte entnommene terminus „Anfechtung" stimmt mit der Terminologie des bürgerl. Gesetzbuches nicht überein: § 1386 a. b. Gb.; Krasnopolski Anf.R. S. 5 f.

[17]) Motive S. 25; Steinbach S. 15 ff.; Kohler S. 206 ff.

[18]) Das wird bei Grundbuchsacten besonders deutlich; Gl.U. No. 12375, 13716; Nowak IV No. 77. Vgl. Krasnopolski, Studien (in Grünhut's Ztsch. XV S. 124 ff.).

[19]) Menzel S. 35 ff.; Krasnopolski S. 24 ff.; Gertscher in G.Z. 1884 No. 10.

[20]) Gertscher, Die Anfechtung von Rechtshandlungen (G.Z. 1884 S. 177); Weiss, Zur Zuständigkeit der Anfechtungsklage zur Causal-

Dritten gegenüber, also namentlich gegenüber dem Contrahenten des angefochtenen Vertrages (auch dem Gemeinschuldner), und weiters gegenüber dem an einer Sache (neben dem Anfechtungsgegner) dinglich Berechtigten[21]) gilt die Anfechtung darum als res inter alios gesta. Man kann freilich nicht für alle Fälle sagen, dass die Rechtsverhältnisse und Ansprüche dieser Dritten ganz so aufrecht erhalten bleiben, als wenn kein Anfechtungsanspruch geltend gemacht worden wäre;[22]) allein die Aufhebung der Rechtswirkungen der angefochtenen Handlung beschränkt sich principiell doch auf die Anfechtenden einerseits und den Anfechtungsgegner andererseits.

Ob auf Grundlage dieser Wirkung Rechtswirkungen zwischen dem Anfechtungsgegner und dem Dritten (z. B. dem Gemeinschuldner) entstehen, oder ob gar ausnahmsweise das angefochtene Rechtsgeschäft überhaupt als nicht fortexistirend oder nicht existirend betrachtet wird, ist nicht im Allgemeinen, sondern nur für jeden einzelnen Fall nach den Vorschriften des A.G. und allgemeinen bürgerlichen Rechtes zu beurtheilen.

IV. Der allen Anfechtungsansprüchen im Concurse gemeinsame, somit allgemeine Thatbestand derselben besteht darin, dass eine vor der Concurseröffnung gesetzte Rechtshandlung vor-

---

gerichtsb. (G.H. 1887 No. 29); entg. Kliment, Zur Competenzfrage im Anfechtungsprocesse (G.H. 1886 No. 18); Gl.U. No. 11642 hat die im Texte berührte entscheidende Frage für die Competenzregulirung nicht erfasst. Lippmann, Die rechtliche Natur der Anfechtung (in Ihering's Jahrb. XXXVI S. 145 ff.), construirt die Anfechtungsklagen als Executionsklagen.

[21]) Die Wirkung der erfolgreichen Anfechtung eines Pfandrechtes besteht demnach in einer Vorrangseinräumung vor dem mit Erfolg angefochtenen Pfandrechte; Nowak, Unwirksamkeitserklärung einer Pfandrechtseinverleibung und deren Behandlung bei der Meistbotvertheilung (G.Ztg. 1889 No. 6, 41 ff.); Wien, Ueber die Wirkung der erfolgreichen Anfechtung einer Hypothek für die Nachhypothekare (Jur. Vtljsch. XXII S. 108 ff.); Schütz, Meistbotvertheilungsverfahren S. 144 f.; a. M. Gertscher, Behandlung siegreicher Ansprüche bei der Meistbotvertheilung (G.Ztg. 1889 No. 19); Kliment, Unwirksamkeit einer Pfandrechtseinverleibung und deren Behandlung bei der Meistbotvertheilung (G.Ztg. 1889 No. 10); Gl.U. No. 12375, 13716; Nowak IV No. 77, 282.

[22]) S. die überzeugenden Beispiele Krasnopolski's, Studien (in Grünhut's Ztsch. XIV S. 47 ff.).

liegt, welche das dem Concursverfahren unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners nachtheilig trifft, und dass die Concurseröffnung erfolgt ist. Die Benachtheiligungsabsicht oder die Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners sind kein Theil dies allgemeinen Thatbestandes,[23]) weil es Anfechtungsansprüche giebt, bei denen es auf eine böse Absicht gar nicht ankommt, ja solche, bei welchen sie gar nicht vorhanden sein kann (z. B. § 3 A.G., § 1245 a. b. Gb.[24]).

a) Unter Rechtshandlungen sind sowohl positive Handlungen, als auch die (und nur die) im § 13 A.G. genannten Unterlassungen verstanden. Der Begriff der Rechtshandlung ist weiter als jener des Rechtsgeschäftes und umfasst die das Vermögen des Gemeinschuldners irgendwie beeinflussenden Handlungen.[25]) Es ist nicht immer erforderlich, dass es eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners sei; vielmehr giebt es Anfechtungsansprüche, welche auf Rechtshandlungen (nicht auch Unterlassungen) Dritter, z. B. des Gerichtes beruhen;[26]) irrelevant ist auch, ob eine Handlung des Privat- oder Processrechtes vorliegt. Dagegen ist erforderlich, dass die Rechtshandlung das Concursvermögen betrifft.

b) Die Concurseröffnung (§ 1 A. G.). Ausserhalb des Concurses ist der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit erforderlich; dieses Thatbestandsmoment wird im Concurse ersetzt durch jenes der Concurseröffnung; darum ist dem Anfechtungsgegner der Beweis verschlossen, dass der Gemeinschuldner nicht überschuldet, und dass die Geltendmachung des Anfechtungsanspruches daher zur Befriedigung der Gläubiger nicht erforderlich sei.[27]) Im Falle der Concurseröffnung sind auch die Fragen nach dem Vorhandensein von Gläubigern zur Zeit der anfechtbaren Rechtshandlung, und

---

[23]) Krasnopolski in Grünhut's Ztsch. XIV S. 79; a. M. Cosack S. 59 ff.

[24]) Vgl. Uranitsch, Das Verhältniss des § 1245 a. b. Gb. zu Z. 2 des § 3 des Ges. v. 16. März 1884 R.G.Bl. No. 36 (in Jur.Bl. 1885 No. 10); Menzel S. 142; Steinbach S. 39.

[25]) Krasnopolski in Grünhut's Ztsch. XIV S. 66 ff.; XV S. 1 ff.; Anfechtungsr. S. 8 ff.; Menzel S. 67 ff.; Gertscher a. a. O. S. 129; Hartmann S. 37 ff.

[26]) Vgl. auch Beisser a. a. O. S. 8.

[27]) Krasnopolski in Grünhut's Ztsch. XIV S. 76; a. M. Menzel S. 50 ff.

ihrer Identität mit den benachtheiligten Gläubigern[28]) irrelevant.

V. Zum Thatbestande einzelner Anfechtungsansprüche gehören folgende wichtige Momente:

a) Die Zahlungseinstellung (s. oben S. 62 ff.) ist von Relevanz in den Fällen der §§ 5, 6, 9 A.G., wenn der Gemeinschuldner (sei es auch eine juristische Person)[29]) ein protocollirter Kaufmann ist,[30]) und wenn der Zahlungseinstellung die Concurseröffnung rechtzeitig nachfolgte.[31])

b) Die Anbringung eines Begehrens um Concurseröffnung wider den Gemeinschuldner kann einen Theil des Thatbestandes der §§ 5, 6, 9 A.G. bilden und ersetzt den ad a genannten Nachweis der Zahlungseinstellung. Es ist nicht erforderlich, dass der Concurseröffnungsantrag von einem Gläubiger gestellt wurde (§ 62 C.O.), oder dass gerade jener Antrag zur Concurseröffnung geführt hat, welchen der Anfechtungsgegner kannte. Ein ganz wirkungslos gebliebener, z. B. a limine abgewiesener Antrag kommt jedoch nicht in Betracht.[32])

c) Die Benachtheiligungsabsicht[33]) gehört zum Thatbestande der §§ 2 und 13 A.G.[34]). Sie besteht nicht in der Absicht, Gläubiger vermögensrechtlich zu schädigen (eine Absicht, welche entweder einen strafbaren Thatbestand bildet, oder derart sinnlos ist, dass § 2 A.G. seine Bedeutung durch eine solche Auslegung grossentheils verlieren würde), sondern in dem Bewusstsein, dass eine Handlung Gläubiger benachtheiligt.[35]) Nimmt der

---

[28]) Vgl. Gl.U. No. 12370.

[29]) Gl.U. No. 11757.

[30]) Gl.U. No. 10541; Fälle der Zahlungseinstellung behandeln Gl.U. No. 4082, 5307, 10885, 10957, 11917, 12649, 14512.

[31]) Beisser a. a. O. S. 2 ff.

[32]) A. M. Gl.U. No. 14013; vgl. Beisser in Geller's C.B. III S. 2 f.

[33]) Menzel S. 145 ff.; Krasnopolski, Anfechtungsr. S. 32 ff.; Studien (in Grünhut's Ztschr. XV S. 18 ff.); Kornitzer, Gedanken zum Begriffe der Benachtheiligungsabsicht (in Grünhut's Ztschr. XV S. 585 ff.); Steinbach S. 24 ff.; vgl. auch Cosack S. 77 ff.; v. Schey, Zur Geschichte der actio Pauliana (in Ztsch. f. Rechtsgesch. XIII S. 131 ff.).

[34]) Nicht auch nothwendiger Weise zum Thatbestande des § 3 Z. 4 A.G. (a. M. Gl.U. No. 12340), oder des § 4 A.G.

[35]) So in verschiedenen Fassungen die herrschende Lehre; a. M. Kornitzer a. a. O. S. 600; vgl. Gl.U. No. 12590.

Gemeinschuldner eine Handlung trotz dieses Bewusstseins vor, so will er eben auch die Benachtheiligung. Irrelevant ist, ob die Benachtheiligungsabsicht bezüglich aller Gläubiger oder nur einiger oder eines derselben, ob sie rücksichtlich gegenwärtiger oder künftiger Gläubiger besteht;[36] gleichgiltig auch, ob die benachtheiligten Gläubiger ganz oder zum Theile mit jenen identisch sind, deren Benachtheiligung der Gemeinschuldner vorhersah.

d) Die Begünstigungsabsicht[37] gehört zum Thatbestande des § 5 A. G. Sie setzt voraus, dass mehrere Gläubiger bereits zur Zeit der Setzung der begünstigenden Handlung vorhanden sind, und dass einer von ihnen (also ein schon bestehender, nicht erst durch die Handlung entstehender Gläubiger) begünstigt werden, d. h. im Sinne des § 5 A. G. eine vermögensrechtliche Leistung erhalten soll, auf welche er nicht oder nicht derart oder nicht derzeit Anspruch hatte;[38] der Gemeinschuldner hat die Absicht, diesen einen Gläubiger vor den anderen zu bevorzugen.[39]

e) Die zeitliche Begrenzung; siehe darüber § 66.

§ 63. Subjecte des Anfechtungsanspruches.[1]

I. Da der Anfechtungsanspruch ein solcher der „Gläubigerschaft“ wider denjenigen ist, welcher aus der anfechtbaren Handlung oder Unterlassung einen Vortheil gezogen oder Andere benachtheiligt hat, so hat man drei Subjecte zu unterscheiden: a) den Anfechtungsberechtigten (Anfechtungskläger) b) den Anfechtungsgegner, c) den Gemeinschuldner.

II ad a) Anfechtungsberechtigte (Anfechtungskläger) während des Concurses sind entweder die „Gläubigerschaft“ (§ 16 A. G) oder Realgläubiger (§§ 16, 45 A. G,).

---

[36] Gl. U. No. 12370, 14034; Menzel S. 149; Steinbach S. 25.

[37] Steinbach S. 97; 49 ff.; Menzel S. 192 ff.; Krasnopolski, Anfechtungsr. S. 52 ff.; Cosack S. 80 ff.

[38] Gerichtliche Pfändungen für fällige Schulden sind darum nach § 5 A. G. nicht anfechtbar, Gl. U. No. 10541, Nowak III No. 314; dagegen freiwillige Verpfändungen, Gl. U. No. 12714, 12715.

[39] Um den Schwierigkeiten des Beweises dieses Begünstigungszweckes zu entgehen, enthält § 5 A. G. ganz eigenthümliche Präsumptionen und Fictionen; Menzel S. 203 ff.; Gl. U. No. 12261.

[1] Menzel S. 285 ff.; Krasnopolski, Anfechtungsr. S. 68 ff.; Gertscher, in G. Z. 1884 S. 168 ff.; Cosack S. 231; Dernburg, Preuss. Privatr. II S. 283 ff,; § 35 ung. C. O.



Nach § 16 A. G. ist zur Anfechtung im Concurse principiell nicht ein einzelner Gläubiger, sondern nur die „Gläubigerschaft“, d. i. hier die Gesammtheit der Masse-, der Concurs- und der concurrirenden Gläubiger[2]) berechtigt; diese Beschränkung geht soweit, dass selbst die von einzelnen persönlichen Gläubigern des Gemeinschuldners vor der Concurseröffnung begonnenen Anfechtungsprocesse[3]) nur von der „Gläubigerschaft“ fortgesetzt werden dürfen,[4]) (mag der Anfechtungsanspruch als Klage, oder mittelst Feststellungsantrages nach §§ 228, 236, 259 C.P.O. als Einrede oder als Replik in diesen Processen geltend gemacht worden sein,[5]) und dass die Anfechtungsansprüche nach der Concurseröffnung nicht übertragen werden dürfen (s. § 65 V). Das Gesetz geht bei dieser Anordnung von der Interessengemeinschaft aus, welche unter den Masse-, Concurs- und concurrirenden Gläubigern besteht, und die leiden würde, wenn Einzelprocesse gestattet blieben; darum wird (wie in den Gesetzen vom 24. April 1874 R. G. Bl. No. 48, 49) den einzelnen der genannten Gläubiger die selbständige Geltendmachung ihrer Anfechtungsansprüche im Concurse völlig genommen; dieselben dürfen, da sie Partei sind, auch nicht als Nebenintervenienten einem Anfechtungsprocesse beitreten.[6]) Als das hiedurch nothwendig gewordene Organ zur Geltendmachung der Anfechtungsansprüche bestellt das Gesetz aus (nicht immer zutreffenden[7]) Zweckmässigkeitsrücksichten den Masseverwalter, welcher sonst mit der Vertretung der (das Concursvermögen betreffenden) Rechte des Gemeinschuldners betraut ist (S. oben S. 136 ff.). Dieser wird dann wie die Partei im Anfechtungsprocesse behandelt, z. B. wie eine solche vernommen; die einzelnen Gläubiger können allerdings vermöge positiven Gesetzes nicht wie eine Partei vernommen werden (§ 373 C.P.O.).

Es gibt von diesen Grundsätzen eine Ausnahme.

---

[2]) Steinbach S. 94 versteht unter „Gläubigerschaft“ nur die concurrirenden, nicht auch die Masse-Gläubiger.

[3]) Auch jene auf Grund des Art. 259 H.G. (§ 52 A.G.).

[4]) Ausnahme: § 40 Abs. 7 A.G.

[5]) § 40 A. G. spricht wohl nur von Anfechtungsklagen, welche durch die Concurseröffnung tangirt werden; allein diese (allerdings vom Gesetzgeber beabsichtigte [Steinbach S. 144]) Beschränkung beruht auf einer falschen Theorie des Gesetzgebers, die nicht bindet.

[6]) Kirschbaum in G. H. 1887 No. 39 ff.; § 17 C.P.O.

[7]) Es können für den Masseverwalter Pflichtencollisionen entstehen.

Sie betrifft die Realgläubiger (s. S. 259ff.). Der Justizausschuss des Abgeordnetenhauses wollte diesen in Gemässheit der ihnen im Concurse eingeräumten Sonderstellung die selbständige Geltendmachung ihrer Anfechtungsansprüche im Concurse nicht wie den persönlichen Gläubigern entziehen, sondern belassen. Darum dürfen nach § 16 A. G. Realgläubiger behufs Wahrung ihres Rechtes auf die vorzugsweise Befriedigung aus bestimmten Gütern des Gemeinschuldners oder behufs Bestreitung eines diese Güter betreffenden Anspruchs eines anderen Realgläubigers die Anfechtungsansprüche selbständig ausüben,[8]) womit § 44 A. G. übereinstimmt. Nach dem Wortlaute und der Stellung des § 16 im ersten Abschnitte des A. G. (Anfechtung von Rechtshandlungen im Concursverfahren) stehen den Realgläubigern nicht nur die ausserhalb des Concursverfahrens bestehenden Anfechtungsansprüche zu, sondern auch jene, welche nur im Concursverfahren bestehen.[9])

Eine Irregularität besteht bezüglich jener persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners, welche zur Zeit der Concurseröffnung Anfechtungsklagen bereits anhängig gemacht haben. Tritt der Masseverwalter in diese Processe laut seiner ausdrücklichen Erklärung nicht ein, so ist der einzelne persönliche Gläubiger nach § 40 A. G. berechtigt, den Anfechtungsprocess (nur) rücksichtlich der Processkosten wider aufzunehmen und fortzusetzen.

III ad b). Die Person des Anfechtungsgegners ist durch § 15 A. G. bestimmt.[10]) Nothwendig ist für die Person des Anfechtungsgegners, dass eine Vermögensvermehrung oder Vermögenssicherung auf seiner Seite entstand; andere Personen sind keine Anfechtungsgegner. Darum sind passiv legitimirt (Anfechtungsgegner):

1. jene Personen, welche in Betreff der anfechtbaren Rechtshandlung dem Gemeinschuldner als Vertragsgenossen[11]) gegenüber-

---

[8]) Diese Anfechtungsansprüche können mit solchen der „Gläubigerschaft“ concurriren; Steinbach S. 151.

[9]) A. M. Menzel S. 37. Der Intention des Gesetzgebers dürfte allerdings diese Erweiterung der Ansprüche der Realgläubiger kaum entsprechen; s. Steinbach S. 96.

[10]) Steinbach S. 87ff.; Menzel S. 63ff.; Krasnopolski, Anfechtungsr. S. 70ff.

[11]) Der Vertragsbegriff des Civilrechtes ist hier nicht anzuwenden; es handelt sich um zweiseitige Rechtsgeschäfte, Gl. U. No. 13366; vgl. Krasnopolski a. a. O. S. 71.

stehen, oder welche durch diese Rechtshandlung oder Unterlassung sichergestellt, befriedigt oder begünstigt wurden;[12]) insbesondere nennt das Gesetz die familia suspecta,[13]) d. i. den Ehegatten, sowie die mit dem Gemeinschuldner oder seinem Ehegatten in gerader Linie oder bis zum zweiten Grade der Seitenlinie (ehelich oder unehelich)[14]) verwandten oder verschwägerten Personen (§ 3 A. G.; §§ 65, 66 a. b. Gb.).

2. die Erben der ad 1 genannten Personen nach den im § 15 Z. 4 A. G. recipirten Grundsätzen der Universalsuccession (s. § 65 III);

3. die Rechtsnehmer[15]) (Singularsuccessoren) der ad 1 genannten Personen, u. z. nur dann, wenn bei der ad 1 genannten Person irgendein Anfechtungsgrund besteht, und bei allen aufeinanderfolgenden Rechtsnehmern auch nur einer der folgenden Umstände eintritt:

α) die Kenntniss des Rechtsnehmers zur Zeit seines Erwerbes, dass der Gemeinschuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachtheiligen (s. § 62 Vb),

β) der im Sinne des § 3 Z. 1 A. G. unentgeltliche Erwerb des Rechtsnehmers,

γ) die Zugehörigkeit des Rechtsnehmers zu der im § 3 Z. 4 A. G. genannten familia suspecta des Gemeinschuldners;

4. die Erben der ad 3 genannten Personen (s. §. 65, III).

Gegen welche dieser Anfechtungsgegner der Anfechtungsanspruch geltend gemacht werden soll, ist dem freien Ermessen des Anfechtungsberechtigten überlassen[16]) (s. § 147 a. C. O.).

IV. ad c). Der Gemeinschuldner[17]) ist in Anfechtungsprocessen nicht Partei, selbst dann nicht, wenn er im Sinne des § 15 A. G. „Rechtsnehmer" wäre; denn ihm gegenüber bedarf man der Anfechtung nicht. Doch ist der Gemeinschuldner nach der positiven Vorschrift des § 373 C. P. O. qualificirt, wie eine Partei (und

---

[12]) Gl. U. No. 14418 (Wechselgiratar).

[13]) Ueber diese Beisser in Geller's Centralbl. III S. 4f.

[14]) Ebenso Steinbach S. 41; Menzel S. 161; Gl. U. No. 14189.

[15]) Menzel S. 207 ff.; ung. C. O. § 35; Nowak III 91, 291, 319; die in den zwei ersten Entsch. aufgeworfene Frage, ob der Schuldner selbst im Sinne des § 15 (34) A. G. „Rechtsnehmer" sein könne, ist zu bejahen, aber im Concurse irrelevant.

[16]) Er darf auch alle belangen.

[17]) Gl. U. No. 14126.



daher nicht wie ein Zeuge) in Anfechtungsprocessen vernommen zu werden (s. S. 124).

§ 64. Die einzelnen Anfechtungsgründe.[1])

I. Dieselben sind: a) unentgeltliche Verfügungen (§ 3 Z. 1 A. G.), b) Verträge mit der familia suspecta des Gemeinschuldners (§ 3 Z. 4 A. G.), c) Rechtshandlungen, betreffend das eheliche Güterrecht (§ 3 Z. 2 u. 3 A. G.), d) absichtliche Benachtheiligungen von Gläubigern (§ 2, 13 A. G.), e) Vermögensverschleuderungen (§ 4 A. G.), f) Begünstigungen von Gläubigern (§ 5 H. G.), g) nachtheilige Rechtsgeschäfte im Zustande des sog. materiellen Concurses (§§ 6, 9 A. G.), h) der Fall des Art. 259 H. G. Diese Anfechtungsgründe bestehen alle in positiven Handlungen; nur ausnahmsweise sind auch (taxativ aufgezählte, s. § 62 IV a) Unterlassungen des Gemeinschuldners[1a]) anfechtbar, nämlich unter den Voraussetzungen der §§ 2 und 3 Anf. Ges. die im § 13 Anf. Ges. genannten, d. s. die unterbliebene Erbschaftsantretung oder unterbliebene Vermächtnissannahme;[2]) ferner die unterlassene oder nicht gehörig erfolgte processuale Thätigkeit (beim Angriff oder bei der Vertheidigung), wenn als Folge hiervon eine dem Gemeinschuldner nachtheilige (nicht blos processleitende) Entscheidung des Civilrichters erging; endlich die Unterlassung eines Schrittes, welcher zur Erhaltung, Sicherung oder Geltendmachung eines Rechtes nach dem Gesetze innerhalb richterlich normirter Edictalfrist erforderlich ist (vgl. § 67 C. O.; § 118 Grdb. Ges.; § 170 Z. 5 E. O.; § 231 Abs. 2 E. O.). Die einzelnen Anfechtungsgründe schliessen einander nicht immer aus; manche Handlungen fallen unter mehrere derselben. Die sub a—g genannten Anfechtungsgründe bestehen sowohl gegenüber dem ersten Erwerber als den Rechtsnehmern desselben gegenüber; doch bestehen für die Anfechtungsansprüche wider die Letzteren neben den allgemeinen noch besondere Voraussetzungen; s. § 63 III, 3, 4; § 65 V.

---

[1]) §§ 2—14 Anf. Ges.; Art. 259 H. G.; Steinbach, Comm. S. 23 ff.; Gertscher in G. Z. 1884 S. 140 ff.; Menzel S. 115 ff.; Krasnopolski S. 32 ff.; in Grünhut's Ztschr. XV S. 16 ff.; in Jur. Vtljsch. XVIII S. 18 ff.; §§ 26 ff. ung. C. O.

[1a]) Vgl. aber Gl. U. No. 13439.

[2]) Krasnopolski, Zu § 13 Z. 1 Anf. Ges. (in Jur. Vtlj. XVIII S. 1 ff.); Kirschbaum, Bemerkungen zu § 13 Z. 1 Anf. Ges. (G. H. 1892 No. 1 f.); Menzel S. 82 ff.; Meissels in Grünhuts Ztsch. XX. S. 43; Gl. U. No. 13494.



II. ad a) Unentgeltliche Verfügungen[3]) des Gemeinschuldners hinsichtlich seines (Concurs)vermögens sind nach § 3 Z. 1 und 13 A.G. anfechtbar, wenn sie im letzten Jahre vor der Concurseröffnung vom Gemeinschuldner gesetzt sind. Ausgenommen sind hievon zunächst (was freilich im § 3 zu sagen unnöthig war) jene unentgeltlichen Verfügungen, zu denen der Gemeinschuldner und insoweit er hiezu durch das Gesetz verpflichtet war (z. B. auf Grund einer gesetzlichen Alimentationspflicht oder des § 1221 a. b. Gb.), ferner die (namentlich dem kaufmännischen Personale und Dienstgesinde gegenüber) üblichen Gelegenheitsgeschenke von verhältnissmässig geringem Umfange.

Der Begriff der unentgeltlichen Verfügung ist weiter als jener der (nach österreichischem Rechte immer vertragsmässigen) Schenkung; er umfasst auch einseitige Rechtsgeschäfte. Jede Verfügung ist unentgeltlich, zu der der Leistende nicht verpflichtet ist, und welche ohne Gegenleistung erfolgt;[4]) negotia mixta sind darum insoweit anfechtbar, als „dieselben als unentgeltlich sich darstellen.“ Wann der Thatbestand des § 3 Z. 1 A.G. vorliegt, ist demnach quaestio facti. So sind Pfandbestellungen für fremde Schulden regelmässig (aber nicht immer) unentgeltliche Verfügungen; solche für eigene Schulden sind es regelmässig nicht.[5]) Unentgeltliche Unterlassungen sind nur in den im § 13 A. G. genannten Fällen anfechtbar (s. I).

ad b) Zweiseitige entgeltliche Rechtsgeschäfte[6]) mit der familia suspecta (s. § 63 III b, 1)[7]) sind (auch abgesehen von den nach § 3 Z. 2 A.G. das eheliche Güterrecht betreffenden Rechtshandlungen) nach § 3 Z. 4 A.G. anfechtbar, wenn in Folge des Vertragsabschlusses[7a]) (einzelne oder alle) Gläubiger des Ge-

---

[3]) Menzel S. 119 ff.; Steinbach S. 33 ff.; Krasnopolski in Grünhut's Ztschr. XV S. 43 ff. u. in Jur. Vierteljschr. XVIII S. 1 ff.; Cosack S. 133 ff.; Zistler in G.H. 1891 S. 60 f.; ung. C.O. § 28; dtsche. C.O. § 25 Z. 1.

[4]) Vgl. Gl.U. No. 8758, 9691, 9847; Krasnopolski a. a. O. S. 45 ff.

[5]) Steinbach S. 34; Menzel S. 126; Nowak III No. 5; Gl.U. No. 10735, 13280, 13502, 13734; dtsches. R.G. VI S. 85.

[6]) Nicht bloss Verträge: Gl.U. No. 13366; Menzel S. 162 f.

[7]) Beisser in Geller's C.Bl. III S. 4 f.; Menzel S. 159 ff.; Steinbach S. 40 ff.; ung. C.O. § 28; dtsche. C.O. § 24 Z. 2.

[7a]) Gl.U. No. 14091.

meinschuldners dadurch benachtheiligt werden, dass diese Rechtsgeschäfte das Vermögen des Gemeinschuldners verminderten; sind diese Rechtsgeschäfte unentgeltlich, so fallen sie unter § 2 oder § 3 Z. 1 A.G.[8]) Die Anfechtbarkeit nach § 3 Z. 4 A. G. entfällt, wenn der Vertragsgenosse des Gemeinschuldners (eventuell der Rechtsnehmer des Vertragsgenossen) beweist, dass ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Benachtheiligungsabsicht des Gemeinschuldners nicht bekannt war;[9]) mala fides superveniens hindert die Wirkung dieses Exculpationsbeweises nicht, steht der Unanfechtbarkeit der betreffenden Rechtshandlung also nicht entgegen.

ad c) Rechtshandlungen, betreffend das eheliche Güterrecht[10]) sind anfechtbar, insoweit sie in dem § 3 Z. 2 u. 3 A.G. taxativ genannt werden. Die Rechtshandlungen betreffen folgende Ansprüche: jenen des Ehemanns auf die Uebergabe der dos auf Grund des Dotalversprechens; jenen der Rückforderungsberechtigten auf Rückgabe der dos; den Anspruch der Frau oder des Bestellers auf Ausfolgung der Widerlage; jenen der Frau auf Ausfolgung des Wittwengehaltes. Jene Rechtshandlungen nun, durch welche innerhalb des letzten Jahres vor[11]) der Concurseröffnung eines dieser Objecte (die dos, die Widerlage oder der Wittwengehalt) sichergestellt oder übergeben wird, sind ohne Rücksicht darauf anfechtbar, ob eine Benachtheiligungsabsicht bestand, und ob eine Benachtheiligung von Gläubigern erfolgte; es ist auch irrelevant, ob die Rechtshandlung vom Gemeinschuldner oder einem Dritten, z. B.

---

[8]) Pfandverträge unter Verwandten fallen regelmässig unter § 3 Z. 4 A.G., nicht unter § 3 Z. 1 A.G.; Gl.U. No. 10735, 10749.

[9]) Gl.U. No. 10749, 13168; über die Construction s. Steinbach S. 32; Gertscher S. 152; Menzel S. 165.

[10]) Gertscher a. a. O. S. 151 ff.; Steinbach S. 36 ff.; Menzel S. 129 ff.; Krasnopolski, Anfechtungsr. S. 49 ff. und in Grünhut's Ztschr. XV S. 67; Beisser a. a. O. S. 8 f.; Uranitsch, Das Verhältniss des § 1245 a.b.Gb. zu Z. 2d. §§ 3 u. 30 A.G. (Jur. Bl. 1885 No. 10); Hauer, Zum Anfechtungsges. (Jur. Bl. 1886 S. 190).

[11]) Darum ist § 1260 a.b.Gb. durch A.G. nicht abgeändert; Krasnopolski in Grünhut's Ztschr. XV S. 85 ff. Der § 52 Abs. 2 A.G. hat eine (derzeit wohl kaum mehr praktische) Ergänzungsbestimmung zu § 3 Z. 2, 3 A.G. getroffen.

einem Gerichte gesetzt wurde,[12] irrelevant auch, ob Ehepakte notariell errichtet wurden oder nicht.[13]

Ausnahmsweise ist die Anfechtbarkeit dieser Rechtshandlungen ausgeschlossen und nur dann ausgeschlossen α) im Concurse des Ehemannes, wenn derselbe zur Vornahme der Rechtshandlung durch einen bei Eingehung der Ehe oder bei Empfangnahme des Heirathsgutes geschlossenen Vertrag, oder im Falle der Beendigung der ehelichen Gemeinschaft durch das Gesetz[14] verpflichtet war; β) im Concurse der Ehegattin, wenn dieselbe zur Rechtshandlung durch einen bei Eingehung der Ehe geschlossenen Vertrag verpflichtet war.

ad d) Absichtliche Benachtheiligungen[15] liegen in den in den §§ 2 und 13 A. G. normirten Fällen vor; sie sind die Fortentwicklung der römischen actio Pauliana. Alle positiven Handlungen[16] des Gemeinschuldners,[17] welche derselbe in den letzten zehn Jahren vor der Concurseröffnung vorgenommen hat, sowie die im § 13 A.G genannten Unterlassungen desselben (s. I), welche in den letzten zehn Jahren vorkamen, sind anfechtbar, wenn der Gemeinschuldner bei Setzung der Rechtshandlung oder bei der Unterlassung die Benachtheiligungsabsicht hatte (s. § 62, Vb), und der Anfechtungsgegner diese Absicht kannte; dass der letztere die Benachtheiligungsabsicht kennen musste, reicht zur Anfechtbarkeit nicht aus. Die Leistung einer geschuldeten Zahlung kann nach § 2 A. G. niemals angefochten werden, wohl aber eine datio in solutum oder die Herbeiführung der Fälligkeit der Schuld durch den Gemeinschuldner.[18]

---

[12]) Menzel S. 137; Krasnopolski, Anfechtungsr. S. 50; Beisser a. a. O.; a. M. Steinbach S. 37.

[13]) Menzel S. 132 ff. mit überzeugender Begründung; s. auch Ullmann in Grünhut's Ztschr. IV S. 122 ff.

[14]) § 1262 a. b. Gb. ist nicht alterirt.

[15]) Steinbach S. 23 ff., 79 ff.; Gertscher a. a. O. S. 140 ff.; Menzel S. 145 ff., Krasnopolski in Grünhut's Ztsch. XV S. 16 ff.; Zistler in G. H. 1891 S. 61; 1892 S. 319; 1893 S. 75; ung. C.O. § 29; dtsche. C.O. § 24 Z. 1.

[16]) Nur solche meint § 2 A. G.; Nowak IV. No. 119.

[17]) Gerichtliche Schritte fallen darum nicht unter § 2 Anf. Ges., Gl.U. No. 12370; wohl aber solche von nothwendigen Vertretern des Gemeinschuldners; Krasnopolski Anf. Recht S. 32 ff. S. auch Gl.U. No. 13540.

[18]) Krasnopolski Anf. R. S. 36 ff. und in Grünhut's Ztsch. XV

ad e) Vermögensverschleuderungen,[19]) welche in den letzten sechs Monaten vor der Concurseröffnung vom Gemeinschuldner durch den Abschluss[20]) von Kauf-, Tausch- und Lieferungsgeschäften[21]) geschehen, sind anfechtbar, wenn der Contrahent des Gemeinschuldners in dem Geschäfte eine Gläubiger benachtheiligende Vermögensverschleuderung erkennen musste (§ 4 A. G.); die Anfechtbarkeit nach § 4 Anf. Ges. ist jedoch unzweckmässiger Weise ausgeschlossen (und nur jene des § 3 Z. 4 A. G. aufrechterhalten), wenn der Contrahent des Gemeinschuldners zur familia suspecta des Letzteren gehört.[22]) Die Vermögensverschleuderung muss objectiv vorhanden sein. Ob sie der Gemeinschuldner als solche erkannte oder erkennen musste, ist irrelevant, da das Anf. Ges. dies nicht fordert;[23]) nimmt also z. B. der Procurist des (Gemein)schuldners auftragswidrig eine Veräusserung vor, welche sich als Verschleuderung qualificirt, so tritt § 4 A. G. ein.

ad f) Anfechtbar sind jene positiven Handlungen, welche einem Gläubiger für dessen Forderung eine Sicherstellung oder Befriedigung (z. B. durch eine datio in solutum, eine Anweisung) gewähren, die er nicht oder nicht derart oder nicht derzeit zu beanspruchen hatte, wenn die Rechtshandlung zwei Wochen vor der Zahlungseinstellung[24]) (nur) des protocollirten Gemeinschuldners oder zwei Wochen vor der Anbringung eines Begehrens um die Concurseröffnung erfolgte (s. § 62 Vb) und die Concurseröffnung längstens innerhalb eines Jahres nach der Setzung der Rechtshandlung stattfand[25]) (§ 5 A. G.). Von der Präsumtion ausgehend, dass der Ge-

---

S. 29 ff.; Steinbach S. 28 f. und Gertscher S. 141 bejahen die Zulässigkeit der Anfechtung geschuldeter Zahlungen nach § 2 A. G.; allgemein verneint Menzel S. 153 ff.

[19]) Menzel S. 167 ff.; Steinbach S. 44 ff.; Krasnopolski Anf. R. S. 42 f. und in Grünhut's Ztsch. XV. S. 33 ff.; Uranitsch die Lieferungsgeschäfte im § 4 des Ges. v. 16. März 1884 R. G. B. No. 36 (G. Z. 1885 No. 50); Gl. U. No. 11311; § 27 Z. 1 ung. C. O.

[20]) Nicht durch die Erfüllung früher abgeschlossener Geschäfte.

[21]) Das ist eine Tautologie des Gesetzes, da Lieferungsgeschäfte stets Kaufgeschäfte sind; so die herrschende Lehre, a. M. Uranitsch a. a. O.

[22]) Krasnopolski, Anf. R. S. 42.

[23]) A. M. Menzel S. 169 ff.; Steinbach S. 47.

[24]) S. S. 62 ff.; Gl U. No. 10885, 10975, 11917, 12649.

[25]) Steinbach S. 49 ff.; Menzel S. 192 ff.; Krasnopolski Anf

meinschuldner zur Zeit der Vornahme dieser Handlungen schon in statu cridae (im sogenannten materiellen Concurs) war, erklärt sie das A. G. als Begünstigungen einzelner Gläubiger vor Anderen[26] (s. § 62 Vc); irrelevant ist, ob die Rechtshandlung vom Gemeinschuldner oder einem Anderen, sei es auch z. B. von einem Gerichte gesetzt wurde.

Besteht jedoch ein Anspruch auf die Leistung oder auch nur auf die Sicherstellung, so ist die gehörig erfolgte Leistung oder Sicherstellung nicht nach § 5 A. G. anfechtbar; so liegt z. B. in einer Pfandbestellung bei der Entstehung einer Forderung, oder in einer Pfandbestellung[27] oder in der Duldung der Erwirkung des richterlichen Pfandrechts[28] für eine vollstreckbare Forderung nicht (oder wenigstens nicht immer) eine nach § 5 A. G. anfechtbare Rechtshandlung, wohl aber möglicher Weise in der nachträglichen freiwilligen Pfandbestellung für eine nicht urtheilsmässig festgestellte Forderung.[29] Besteht ein gesetzlicher Anspruch auf Sicherstellung überhaupt, so kann die geleistete Sicherstellung, sei sie welche immer, nicht nach § 5 A. G. angefochten werden.[30] Ebenso wenig können ex lege bestehende Pfand- und Retentionsrechte[31] (Art. 314—316 H. G.) angefochten werden.

Der Anfechtungsbeklagte kann sich der Anfechtung nach § 5 A. G. durch die Einrede (und deren Nachweis) entziehen, dass ihm zur Zeit der Setzung der angefochtenen Rechtshandlung eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, nicht bekannt war. Diese Behauptung wird wieder durch die Replik des Anfechtungsklägers (und deren Beweis[32]) ent-

---

Recht S. 52ff.; Gertscher S. 138ff.; deutsche C. O. § 23; ung. C. O. § 27 Z. 3.

26) Eine Begünstigungsabsicht muss nicht nachgewiesen werden: Gl. U. No. 12261.

27) Gl. U. No. 13955.

28) Beisser in Geller's Centralbl. III. S. 5 ff.; Menzel S. 202ff.; Gl. U. No. 10541; Nowak III No. 314; a. M. Steinbach S. 54ff.

29) Gl. U. No. 12714, 12715; vgl. Hartmann a. a. O. S. 110ff.

30) Menzel S. 199; Krasnopolski, Anf. R. S. 54.

31) Menzel S. 199; Krasnopolski a. a. O. S. 54; Turnwald, Ueber die Anfechtbarkeit der Retentionsrechte (G. H. 1885 No. 50; 1886 No. 1); a. M. Ofner, Ueber die Anfechtung des Retentionsr. (G. H. 1885 No. 51; 1886 No. 7).

32) Krasnopolski a. a. O. S. 58; § 5 A. G. sagt allerdings in al. 2

kräftet, dass der Anfechtungsbeklagte zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung von der Zahlungseinstellung des protocollirten Gemeinschuldners oder von der Anbringung eines Begehrens um Concurseröffnung wider den Gemeinschuldner Kenntniss hatte.

ad g) Den bisher dargestellten Fällen der Anfechtung fügen die §§ 6 und 9 Anf. Ges.[33]) nun noch Fälle hinzu, in welchen die Anfechtbarkeit nicht durch eine Begünstigungs- oder Benachtheiligungsabsicht und begreiflicher Weise auch nicht durch die Kenntniss solcher Umstände, sondern hauptsächlich dadurch hervorgerufen wird, dass die betreffenden Rechtshandlungen nach der Zahlungseinstellung eines protocollirten Gemeinschuldners oder nach der Stellung eines Concurseröffnungsantrages wider einen Gemeinschuldner gesetzt wurden, und dass der Anfechtungsgegner diese Thatsachen damals kannte. Der Gesetzgeber nahm hiebei an, dass in diesem Zeitpunkte der Gemeinschuldner schon in statu cridae sei, und dass darum die par conditio creditorum jetzt auch nicht durch Erfüllung geschuldeter Leistungen verletzt werden dürfe. Anfechtbar sind deshalb alle nach dem genannten Zeitpunkte, jedoch längstens sechs Monate vor der Concurseröffnung (§ 10 Anf. Ges.) vorgenommenen Rechtshandlungen, die einem Gläubiger Sicherstellung oder Befriedigung gewähren (auch wenn er an sich darauf vollen Anspruch hätte), ferner alle in dem bezeichneten Zeitraume vom Gemeinschuldner eingegangenen zweiseitigen[34]) objectiv nachtheiligen Rechtsgeschäfte. Die Anfechtbarkeit ist jedoch in diesen beiden Fällen der §§ 6 und 9 Anf. Ges. an die obgenannte weitere Voraussetzung geknüpft, dass der Anfechtungsgegner zur Zeit der Rechtshandlung von der Zahlungseinstellung des protocollirten Gemeinschuldners oder dem Concurseröffnungsantrage des Gemeinschuldners oder wider denselben Kenntniss hatte.[35])

---

nicht „beweisen", sondern „darthun". meint aber damit doch „beweisen".

[33]) Menzel S. 180 ff.; Steinbach S. 63 ff., 71 ff.; Krasnopolski Anf. R. S. 60 ff. und in Grünhut's Ztsch. XV S. 45 ff.; Gertscher in G. Z. 1884 S. 161 ff.; Hellmann, Paradoxe im Anf. Ges. (Jur. Bl. 1884 No. 35, 39); Dr. J. S., Zum Anf. Ges. (Jur. Bl. 1884 S. 439 f.); § 27 Z. 2 ung. C. O.

[34]) Zahlungen zur Erfüllung früher eingegangener Rechtsgeschäfte fallen nicht unter den § 9 A. G., wohl aber unter Umständen unter den § 2 A. G.

[35]) Es genügt zur Anfechtung nicht, dass er diese Kenntniss haben konnte oder haben musste.



Von wem die Rechtshandlung gesetzt wurde, ist nach § 6 A.G. irrelevant; daher fallen auch Urtheile und Executionshandlungen hierunter.[36] Dagegen müssen die im § 9 A.G. genannten Rechtsgeschäfte allerdings vom Gemeinschuldner gesetzt sein.

Diese Befriedigungshandlungen sind ausnahmsweise unanfechtbar, wenn und insoweit der Befriedigte im Concurse in unanfechtbarer Weise ein Vorzugsrecht (z. B. als Realgläubiger) mit Erfolg geltend machen könnte[37] (§ 6 A.G.).

Nahe verwandt mit diesen Normen der §§ 6 und 9 A.G. ist die im § 1 des Ges. v. 16. März 1884 No. 35 R.G.B. normirte Einschränkung der Compensabilität (s. oben S. 257).

ad h) Der durch das A.G. nicht aufgehobene[38] Art. 259 H.G. normirt einen Anspruch der „Concursgläubiger" des Inhabers eines Handelsgewerbes wider den stillen Gesellschafter desselben dahin, dass der Letztere die ihm innerhalb Jahresfrist vor der Concurseröffnung vom Inhaber des Handelsgewerbes (sei es unter gleichzeitiger Auflösung der Gesellschaft, sei es ohne solche) zurückgezahlte Einlage oder den ihm vom Inhaber in derselben Frist erlassenen Verlustantheil voll in die Concursmasse einzahle (s. § 57 II 12, C); der stille Gesellschafter behält dagegen seine Ansprüche als Concursgläubiger.[39] Er kann sich der Anfechtung jedoch ganz entziehen, wenn er nachweist, dass der Concurs seinen Grund in Umständen hat, welche erst nach dem Zeitpunkte der Auflösung, der Zurückzahlung oder des Erlasses eingetreten sind.

III. Die sub II a, b, d—h dargestellten Handlungen[40] sind ausnahmsweise trotz des Vorhandenseins eines sonst anfechtbaren

---

[36] Gl.U. No. 10975, 11613; Nowak IV No. 85.

[37] Vgl. z. B. die §§ 1101, 1321 a. b. Gb.; Schmid, Sind die §§ 1321, 1322 a. b. Gb. durch § 6 des Ges. v. 16. März 1884 R.G.B. No. 36 abgeändert worden? (G.Z. 1885 S. 154 f.); Turnwald in G.H. 1885 No. 50; 1886 No. 1.

[38] Menzel S. 117 f.; Gertscher in G.Z. 1884 S. 194; v. Canstein, Lehrb. d. Handelsr. I S. 646 ff.; a. M. Krasnopolski in Grünhut's Ztsch. XV S. 151 ff.

[39] Staub S. 655 ff.; v. Canstein, Lehrb. d. Handelsr. I S. 646 ff.; Pollitzer, Handelsr. S. 225.

[40] Die im § 13 Anf.Ges. genannten Unterlassungen können von den §§ 8 und 11 Anf.Ges. nicht getroffen werden; die Anfechtbarkeit der im § 2 A.G. genannten Handlungen ist im § 11 A.G. ausdrücklich aufrechterhalten.



Thatbestandes unanfechtbar, wenn es sich um Erwerbungen und Zahlungen handelt, welche auf Grund von Einzelverkäufen beweglicher Gegenstände in öffentlich betriebenen Geschäften oder in Folge öffentlicher Versteigerung erfolgen (§ 11 A.G.); der öffentlichen Versteigerung stehen nunmehr nach § 269 E.O. auch die im § 268 E.O. und § 280 E.O. genannten Veräusserungsarten durch einen Handelsmäkler, einen zur Versteigerung befugten Beamten oder ein Vollstreckungsorgan gleich. Diese Bestimmung entspringt verkehrspolitischen Rücksichten.

Von den im § 6 Anf.Ges. normirten Rechtshandlungen (II g) sind Wechselzahlungen unanfechtbar, wenn nach Wechselrecht der Empfänger zur Annahme der Zahlung bei Verlust des Wechselanspruches gegen andere Wechselverpflichtete verbunden war (§ 8 Anf.G.);[41]) fällt eine Wechselzahlung unter einen andern anfechtbaren Thatbestand, als jenen des § 6 A.G., so bleibt sie trotz des § 8 A.G. anfechtbar.

IV. Die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung, welche unter einen der sub II dargestellten Thatbestände fällt, wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass für die Rechtshandlung ein vollstreckbares Urtheil, ein vollstreckbarer Vergleich oder irgend ein anderer Executionstitel erworben wurde, oder dass die Rechtshandlung in einer Executionshandlung besteht (§ 12 Anf.Ges.), insoweit dies nach den einzelnen Thatbeständen überhaupt möglich ist.

§ 65. Inhalt der Anfechtungsansprüche[1]). Gegenansprüche.

I. Der Inhalt der Anfechtungsansprüche ist durch den Zweck des Anfechtungsrechtes bestimmt (s. § 62 III). So wie nach der Concurseröffnung gesetzte Handlungen nach § 3 C.O. in gewissem Umfange relativ ungiltig sind, als nicht gesetzt gelten, sind bestimmte vor der Concurseröffnung gesetzte Rechtshandlungen anfechtbar; d. h. wenn sie mit Erfolg angefochten sind, haben sie den Masse-, Concurs- und concurrirenden Gläubigern gegenüber keine Wirkung. Diesen Zweck durch die Ungiltigkeitserklärung der

---

[41]) Die Zahlung der Wechselsumme ist dann vom letzten Wechselregressschuldner zu leisten, wenn diesem gegenüber der Thatbestand des § 6 A.G. vorhanden ist (§ 22 A.G.).

[1]) Gertscher in G.Z. 1884 S. 129 ff.; Menzel S. 232 ff.; Krasnopolski S. 80 ff.; Steinbach S. 98 ff.



betreffenden Rechtshandlungen zu erreichen, hat die Gesetzgebung aus Rücksicht auf dawiderstreitende Interessen Dritter nicht für gut befunden (§. 62 I), vielmehr unter Aufrechterhaltung der Giltigkeit der Rechtshandlung in den §§ 17—25 A.G. und Art. 259 H.G. nur bestimmt, dass zur Concursmasse zurückzuleisten sei, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben wurde (§ 17 A.G.). Somit ist eine selbständige (wenn auch in anderem Sinne accessorische, s. § 62 II) Obligation zur mehr oder weniger vollständigen Rückgewähr des durch die anfechtbare Rechtshandlung dem schuldnerischen Vermögen Entnommenen statuirt. Aus dieser Ordnung folgt: a) dass der Anfechtungsanspruch niemals (dem Werthe nach) weiter[2]) gehen kann, als auf völligen Ersatz, also niemals mehr Vermögensstücke oder Werthe zum Concursvermögen bringt, als der Gemeinschuldner vor der anfechtbaren Handlung hatte;[3]) b) dass er gegen Dritte, welche nicht Partei im Anfechtungsprocesse sind, rücksichtlich der ihnen bestellten dinglichen Rechte nicht wirkt.[4])

II. Der Grundsatz des § 17 A.G. ist, dass die Rückgewähr des durch die angefochtene Handlung dem Concursvermögen Entzogenen („Veräusserten, Weggegebenen, Aufgegebenen") zu geschehen habe.

Dieser Anspruch auf Rückgewähr des entzogenen Vermögens besteht grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Bereicherung des Anfechtungsgegners (§ 17 A.G.); der Umfang der Haftung ist demnach vom Umfange der Bereicherung unabhängig. Der Anfechtungsgegner gilt vielmehr als unredlicher Besitzer (§ 17 A.G.; Ausnahme § 18 A.G.). Ausnahmsweise ist jedoch der Umfang der Haftung ein geringerer: a) bei Leistungen, welche nach § 3 Z. 1 A.G. als unentgeltliche Verfügungen des Gemeinschuldners angefochten werden; die Haftung ist in diesem Falle auf die Bereicherung beschränkt, es sei denn, der Erwerb sei auch als entgeltlicher anfechtbar, oder der Empfangende habe mala fide die Leistung oder ihren Werth aus dem Besitze gelassen[5]) (§ 19 A.G.); b) beim Universalsuccessor, welcher sich bedingt erbserklärt hat;

---

[2]) Wohl aber weniger weit: § 19 A.G. und unten II,

[3]) Nowak IV No. 35.

[4]) Vgl. Nowak IV No. 91.

[5]) Krasnopolski, Anf.Recht S. 89.

auf ihn gehen zwar die Verpflichtungen des Erblassers über, jedoch nur quoad vires hereditatis (§ 18 A. G.); c) beim Universalsuccessor, dem die Umstände nicht bekannt waren, welche die Anfechtbarkeit wider den Erblasser begründen (§ 18 A. G.); der Universalsuccessor haftet dann nur gleich einem redlichen Besitzer, es sei denn, er sei nach § 338 a. b. Gb. durch die Klagezustellung ein unredlicher Besitzer geworden.

Ausnahmsweise findet eine Rückgewähr überhaupt nicht statt: a) wenn sie vom Anfechtungsgegner nicht geleistet werden kann, z. B. weil das Object der Leistung in die Hände eines Dritten übergegangen ist; es ist hiebei gleichgiltig, ob dieses Object beim Dritten verfolgbar ist. Da tritt der Ersatzanspruch an die Stelle des Anspruchs auf Rückgewähr; b) wenn dem Anfechtungs-Anspruch auch ohne sie Genüge geschieht, z. B. wenn ein Richterspruch eine Compensation auf Grund des Anfechtungsgesetzes für unzulässig erklärt.[6])

III. Die Geltendmachung der Anfechtungsansprüche im dargestellten Umfange könnte zu Unbilligkeiten wider den Anfechtungsgegner, zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Concursmasse führen. Zur Vermeidung dieses Uebelstandes erkennt das A. G. wider die Anfechtungsansprüche Gegenansprüche an, welche (je nach ihrer Wichtigkeit) zum Theile Rückstellungsansprüche, zum Theile andere Masse-, zum Theile Concursforderungen sind.

Diese Gegenansprüche des Anfechtungsgegners wider den Anfechtungsanspruch[7]) können nach § 25 A. G. bestehen:

a) im Anspruche auf die Rückstellung der Gegenleistung, welche noch unterscheidbar in der Concursmasse vorhanden ist; dieser Anspruch kann einredeweise der Anfechtungsklage entgegengesetzt oder als Masseforderung selbständig geltend gemacht werden;

b) im Anspruche auf die Herausgabe der Bereicherung, welche aus der (nicht mehr unterscheidbar vorhandenen) Gegenleistung des Anfechtungsgegners in der Concursmasse verblieben ist; dieser Anspruch kann einredeweise der Anfechtungsklage entgegengesetzt oder selbständig als Masseforderung geltend gemacht werden;

---

[6]) Gl.U. No. 13974.

[7]) Menzel S. 270 ff.; Cosack S. 268 ff.; Petersen-Kleinfeller, Comm. zur C.O. S. 165 ff.; Lippmann a. a. O. S. 213 ff.

c) im Anspruche auf Rückerstattung der an den Gemeinschuldner erfolgten Leistung, insoferne ein solcher nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes (§§ 1042, 1358, 1423 a.b.Gb.) besteht; dieser Anspruch ist eine Concursforderung;

d) im Anspruch auf das Wiederaufleben (d. i. die Wiederherstellung) der ursprünglichen, dann anfechtbar getilgten Forderung des Anfechtungsgegners. Auch dieser Anspruch ist eine Concursforderung. Bezüglich der Befriedigung der ad c) und d) genannten Concursforderungen s. § 25 A.G.

V. Die Compensabilität von Anfechtungsansprüchen mit Ansprüchen des Anfechtungsgegners an den Gemeinschuldner ist Mangels Gegenseitigkeit unzulässig (§ 26 A.G. s. S. 256 A. 8);[8]) zulässig ist dagegen die Compensation mit den festgestellten Concursquoten. Die Uebertragung (Cession) von Anfechtungsansprüchen im Concurse ist wegen des in den §§ 24 u. 44 A. G. zum Ausdrucke gelangten Grundsatzes unzulässig, dass nur der Masseverwalter diese Ansprüche, und dass er sie nur während des Concurses geltend machen dürfe;[9]) sie kann daher nicht einmal dann erfolgen, wenn jene Forderung durch Universal- oder Singularsuccession übertragen wird, deren Accessorium (s. § 62 II) der Anfechtungsanspruch ist.[10])

§ 66. Die zeitliche Begrenzung der Anfechtungsansprüche.

I. Das Anfechtungsgesetz kennt zahlreiche Fristen, welche zum Thatbestande der Anfechtungsansprüche gehören; diese Fristen zerfallen in Entstehungs- und Endigungsfristen. Die Normirung der erstgenannten beruht auf dem Gedanken der Beweiserleichterung, resp. der Verschiebung der Beweislast und jenem der Rechtssicherheit. Statt dem Anfechtungskläger den Beweis für die nachtheilige Absicht oder Wirkung einer Handlung aufzubürden, legt das Gesetz ihm bisweilen, z. B. in den §§ 5 u. 6 A.G. nur

[8]) Ausserhalb des Concurses sind die Fragen der Compensabilität sehr complicirt; Lippmann a. a. O. S. 213 ff.: Menzel S. 303 ff.

[9]) E. v. 1. Mai 1895 Just.Min. Vrdngsb. N. 1166; Menzel S. 301; a. M. für das deutsche Recht (dem eine dem § 24 A.G. analoge Bestimmung fehlt) Cosack S. 304 ff. und Lang in Ztschr. dtsch. Civilpr. XXI S. 421 ff.

[10]) A. M. Menzel a. a. O.

den Beweis des objectiven Thatbestandes und die Einhaltung der Frist zur Geltendmachung des Anfechtungsanspruches auf, während dem Anfechtungsgegner der Exculpationsbeweis zugeschoben wird. Dafür sind dann wieder um der Rechtssicherheit willen Handlungen, welche vor dem Beginne der betreffenden Frist gesetzt wurden, ohne Rücksicht auf ihre Absicht und ihren Erfolg unanfechtbar.

Die Fristen des Anfechtungsrechtes sind mit Ausnahme der im § 40 Abs. 4 (nach Analogie des § 22 C.O.) normirten richterlichen Frist sämmtlich gesetzliche Fristen. Die im § 27 A.G. für die Anfechtungsklagen normirte einjährige Frist ist eine Verjährungsfrist,[2]) die anderen sind Rechtsbefristungen und Präclusivfristen.[3]) Alle Fristen sind im Concurse unerstreckbar.

II. Eine Frist, welche ein Moment zur Entstehung des anfechtbaren Thatbestandes bildet, wird im Concurse[4]) vom Zeitpunkte der Concurseröffnung zurückgerechnet. Dieser Zeitpunkt wird nach § 2 C.O. bestimmt (s. S. 83); damit ist in den Fällen der §§ 2—4 und 13 A.G. der Anfangspunkt für die Existenz eines anfechtbaren Thatbestandes schon bestimmt. In den Fällen der §§ 6 u. 9 A.G. tritt jedoch zu dieser Fristbestimmung noch die zweite, dass die (anfechtbare) Handlung gesetzt sein müsse nach der Anbringung eines Gesuches um Concurseröffnung wider den (Gemein-) Schuldner, oder auch, wenn dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist, nach seiner Zahlungseinstellung; im Falle des § 5 A.G. lautet diese zweite Fristbestimmung dahin, dass die anfechtbare Rechtshandlung gesetzt sein müsse längstens zwei Wochen vor der Anbringung des Gesuches um Concurseröffnung, oder, wenn die Firma des Gemeinschuldners im Handelsregister eingetragen ist, längstens zwei Wochen vor seiner Zahlungsein-

[1]) Menzel S. 103 ff.; Krasnopolski, Anf.R. S. 30 f., 110 f.; Steinbach S. 31, 32, 48, 118; Beisser in Geller's Centralbl. III S. 9; Gertscher in Ger.Ztg. 1884 S. 146; Hasenöhrl, Obligationenrecht II S. 620 ff.; Entsch. v. 15. Mai 1895 Z. 5776, Jur. Bl. 1895 S. 621; vgl. Cosack S. 97 ff.

[2]) Menzel S. 106 f.; Hasenöhrl a. a. O.; a. M. Krasnopolski S. 111; Steinbach S. 118.

[3]) Vgl. Krainz-Pfaff I S. 356 ff.; Grawein, Verjährung und Beristung; Strohal in Grünhut's Ztschr. IX S. 61 ff.

[4]) Ausserhalb des Concurses fallen sie mit den Fristen zur Geltendmachung des Anfechtungsanspruches zusammen.

stellung. Diese (zweiten) Fristen, welche von einem Gesuche um Concurseröffnung oder einer Zahlungseinstellung abhängig sind, können die erste (von der Concurseröffnung rückgerechnete) Frist wesentlich verkürzen.

III. Für die Endigung der concursrechtlichen Anfechtungsansprüche ist vor Allem die Beendigung des Concurses (auf welche Weise immer[5]), dann die im § 27 A.G. normirte im Concurse unerstreckbare[6]) Frist von einem Jahre nach der Concurseröffnung maassgebend. Es ist gleichgiltig, ob die Geltendmachung des Anfechtungsanspruches mit Klage, oder mit Feststellungsantrag oder mit Widerklage geschehen soll; sie kann in allen Fällen nur innerhalb der genannten Fristen erfolgen und auch nach der Concursaufhebung nicht mehr geschehen (§ 44 A.G.), selbst wenn hiefür (bei schleuniger Aufhebung des Concurses) die Frist der §§ 28 ff. A.G. noch offen wäre.

Ist ein Anfechtungsprocess im Zeitpunkte der Concurseröffnung aber schon streitanhängig, so tritt an die Stelle jener obengenannten Frist des § 27 A.G. die im § 40 Anf.Ges. normirte richterliche Frist, innerhalb welcher der Masseverwalter auf Antrag des Gläubigers oder des Anfechtungsgegners zu erklären hat, ob er den Process aufnehme; sein Stillschweigen gilt als Ablehnung der Aufnahme, und es ist eine Fortsetzung dieses Anfechtungsprocesses dann in der Hauptsache nicht mehr, sondern nur rücksichtlich der Processkosten zulässig.[7])

III. Ueber die Berechnung der Fristen enthält das Anf. Ges. keine Vorschriften. Zweifellos, weil allgemeines österreichisches Recht ist, dass eine Civil- und keine Naturalcomputation stattfindet, und dass der Tag gleich 24 Stunden, die Woche gleich sieben Tagen ist. Bestritten ist nur die Berechnung von Monat und Jahr. Auf diese sind die Normen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs, insbesondere seiner §§ 902 u. 903 anzuwenden.[8]) Dar-

---

[5]) Auch durch Zwangsausgleich; Entsch. v. 1. Mai 1895 Z. 3123 Just. Min. Vdgbl. No. 1166.

[6]) Ausserhalb des Concurses s. § 33 Anf.Ges.

[7]) Der Masseverwalter bleibt aber berechtigt, die Anfechtungsansprüche mit selbstständiger Klage oder Einrede geltend zu machen.

[8]) Menzel S. 108 ff. mit überzeugender Begründung; Gertscher und Beisser a. a. O. wollen die Normen des H.G. und der W.O. anwenden; Steinbach entscheidet die einzelnen Fälle verschieden.



nach findet ihre Berechnung nicht kalendermässig statt, sondern es wird der Monat mit 30 Tagen, das Jahr mit 365 Tagen berechnet; wenn der Gesetzgeber an Stelle dieser Berechnung die praktischere kalendermässige des H. G. hätte setzen wollen, müsste dies im Gesetze zum Ausdruck gekommen sein.

§ 67. Geltendmachung der Anfechtungsansprüche.

I. Die Anfechtungsansprüche können sowohl aussergerichtlich als auch gerichtlich geltend gemacht werden;[1]) in beiden Fällen bedarf der Masseverwalter intern der Ermächtigung durch den Gläubigerausschuss nach § 147 C. O.[2]). Die aussergerichtliche Geltendmachung und Befriedigung bietet nichts Besonderes, während die gerichtliche manche Eigenthümlichkeiten aufweist. Sie kann im Wege der Klage, der Einrede (§ 16 A. G.), der Replik etc., ferner auch während des Executionsverfahrens erfolgen.

II. Anfechtungsklage:[3])

a) Ueber die Subjecte derselben siehe § 63.

b) Ueber den Gerichtsstand[4]) enthalten weder das Anf. Ges. noch die C. O. hieher gehörige Vorschriften; es gelten also principiell die allgemeinen Zuständigkeitsnormen. Da nun der Anfechtungsanspruch unabhängig von der Natur der angefochtenen Rechtshandlung ist, erscheint nicht der Causal-[5]) oder Realgerichtsstand[6]) und auch nicht der Gerichtsstand der Executionsbewilligung,[7])

---

[1]) § 16 A. G denkt allerdings nur an gerichtliche Geltendmachung; Lippmann a. a. O. S. 180ff. erklärt die aussergerichtliche Geltendmachung für rechtlich bedeutungslos.

[2]) So Theorie und Praxis, s. S. 251 Anm. 31; ferner Zistler in G. H. 1891 S. 71.

[3]) Menzel S. 285ff.; Krasnopolski Anf. R. S. 151ff.; Steinbach S. 93ff.; Gertscher in G. Z. 1884 S. 168ff.

[4]) Gertscher in G. Z. 1884 S. 177; Kliment, Zur Competenzfrage im Anfechtungsprocesse (G. H. 1886 No. 18); Weiss, Zur Frage der Zuständigkeit der Anfechtungsklage zur Causalgerichtsbarkeit (G. H. 1887) No. 29); und die in Anm. 3 citirten.

[5]) Weiss a. a. O.; Menzel a. a. O. S. 296; entg. Kliment a. a. O.; zweifelnd O. G. H. No. 11642.

[6]) Menzel S. 296; Krasnopolski a. a. O. S. 152; Gl. U. No. 10574.

[7]) § 35 E. O. ist unanwendbar; ebenso waren es die §§ 71, 72 der früheren J. N.; a. M. Gl. U. No. 12946, 12145, 13470; Nowak III No. 211.

sondern der allgemeine Gerichtsstand des Geklagten (sammt dessen Ableitungen) als zuständig; ebenso entscheiden über die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes oder Gerichtshofes die allgemeinen Grundsätze. Nur wenn die Anfechtungsklage im Laufe und aus Anlass eines Executionsverfahrens eingebracht wird, ist nach § 17 E. O. das Executionsgericht für dieselbe zuständig. Dabei ist nach dem Wortlaute des § 17 E. O. zweifelhaft, ob das Executionsgericht, welches ja regelmässig ein Bezirksgericht ist, auch für die Anfechtungsprocesse zuständig bleibt, welche zur sachlichen Zuständigkeit der Gerichtshöfe gehören; die Frage ist nach Analogie des § 38 E. O. zu bejahen.

b) als Processart war im § 47 A. G. das summarische Verfahren auch für jene Processe vorgeschrieben, für welche im Allgemeinen das ordentliche Verfahren statthatte; die Vorschriften der §§ 8, 9 und 51 (Verbot der ausserordentlichen Revisionen und Revisionsrecurse) des Hfd. vom 24. October 1845 J. G. S. No. 906 (über das summarische Verfahren) und der entsprechenden §§ 9, 10 und 52 des Hfd. vom 20. März 1848 J. G. S. No. 1130 (über das summarische Verfahren in Dalmatien) galten jedoch für jene Anfechtungsprocesse nicht, welche die allgemeinen Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Summarverfahrens überschritten[8]) (§ 47 A. G.). In allen diesen Anfechtungsprocessen galt der (auffallender Weise) vorbehaltlose Grundsatz der freien Beweiswürdigung,[9]) andererseits ein (freilich überflüssiges) Verbot, Haupteide über „Wissen" oder „Nichtwissen" eines Umstandes aufzutragen (§ 48 A. G); das Bagatell-Verfahren war unter den allgemeinen Voraussetzungen des Bagatellgesetzes zulässig[10]) (§ 49 A. G.).

Diese Vorschriften gelten nur mehr für jene Processe, welche nicht nach der C. P. O. vom 1. August 1895 eingeleitet oder in das Verfahren nach derselben übergeleitet werden. Für Processe, welche nach der C.P.O. zu führen sind, gelten deren Vorschriften.

d) Das Begehren der Klage, der Klagantrag kann im Concursverfahren ein Feststellungsantrag des Inhaltes sein, dass die angefochtene Rechtshandlung den Gläubigern gegenüber unwirksam

---

[8]) Gl.U. No. 11096, 11224, 11248, 11314, 11358, 12069, 13590, 13619, 13685, 13841; Nowak IV No. 119 entschieden zahlreiche Controversen.

[9]) Gertscher a. a. O. No. 46; Menzel S. 298; Nowak III 91.

[10]) Gl. U. No. 12490.



sei (arg. e contrario aus § 35 A. G.); es kann aber mit diesem Antrage auch das Leistungs-Begehren verbunden sein, der Antrag auf das, „was der Geklagte zum Zwecke der Befriedigung (der Gläubiger) zu leisten oder zu dulden“ hat (§ 35 A. G.).

e) Eine Anfechtungsklage unterbricht und hemmt an und für sich ein bereits im Zuge befindliches Executionsverfahren nicht.[11]) Da jedoch die Anfechtungsklage unter die im § 39 Z. 1 E. O. genannten Einstellungsgründe einer Execution einzureihen ist, so ist die Verbindung der Anfechtungsklage mit dem Antrage auf Einstellung der Execution zulässig (§ 39, 45 E. O.). Ebenso kann unter den allgemeinen Voraussetzungen der §§ 43, 44 E. O. die Aufschiebung der Execution auf Grund einer bereits eingebrachten Anfechtungsklage nach § 42 Z. 1 E. O. beantragt werden.

III. Der Anfechtungsanspruch konnte nach § 16 Anf. G. auch im Wege der Einrede erhoben werden; die Zulässigkeit seiner Geltendmachung in der Replik war zweifelhaft, wurde jedoch mit gutem Grunde bejaht.[12]) Es war zwar nicht bestritten, aber zweifelhaft, welche Bedeutung diese Zulassung der Einreden und Repliken hatte; war durch ihre Erhebung der Anfechtungsanspruch streitanhängig und rechtskräftig entscheidbar geworden? Nach dem bisherigen Processrechte waren diese Fragen zu bejahen. Es handelte sich hier um rechtsverfolgende Einreden und Repliken, d. h. um die Erhebung von selbständigen Gegenansprüchen wider einen Klaganspruch mit der Wirkung, dass über diese Gegenansprüche im Urtheile rechtskräftig entschieden wurde;[13]) wurde ein Anfechtungsanspruch einredeweise oder replikweise geltend gemacht, se bedurfte es keines ausdrücklichen Verurtheilungsantrages, um eine rechtskräftige Feststellung des Anfechtungsanspruches zu erzielen.[14]). Die C.P.O. hat diesen Stand geändert. Rechtsverfol-

---

[11]) Schütz, Meistbotverteilung S. 18.

[12]) Krasnopolski a. a. O. S. 151; a. M. Menzel S. 292; eine Mittelmeinung vertritt Steinbach S. 97.

[13]) Die Bearbeiter des A. R. heben dies nicht hervor; eine Andeutung findet sich bei Menzel S. 293; vgl. R. Pollak, Form und Rechtskraft des Civilurtheils in Grünhut's Ztsch. XXII S. 523 ff.

[14]) Die Motive (Steinbach S. 144) waren darüber unklar; daher die Textirung des § 40 A. G.: „Anfechtungsklagen“ statt „Anfechtungsansprüche.“



gende Einreden gibt es mit Ausnahme jener der Compensation nicht mehr; wer (als Kläger oder als Geklagter) die rechtskräftige Feststellung eines nicht schon in der Klage geltend gemachten Anspruchs will, muss ihn als Feststellungsantrag (eventuell mit Widerklage) geltend machen (§§ 236, 259, 411 C. P. O.); die Feststellungs- und Rechtskraft des Urtheiles ergreift ohne einen solchen Antrag Einreden und Repliken (mit Ausnahme jener der Compensation) nicht mehr. Darum bleibt es zwar zulässig, einen Anfechtungsanspruch im Wege der Einrede oder der Replik geltend zu machen; aber er wird durch eine solche Geltendmachung an sich nicht streitanhängig und nicht rechtskräftig feststellbar. Daraus ergibt sich weiter, dass die Einklagung der einrede- oder replikweise bereits geltend gemachten Ansprüche zulässig ist,[15]) insolange der Einrede oder Replik nicht ein Feststellungsantrag nach den §§ 236 und 259 C.P.O. entspricht. Der (auf Basis der bisherigen Processgesetze) missglückte § 40 A. G. käme (freilich nicht zweckmässiger Weise) nun derart zur Geltung, dass einzelne Gläubiger ihrer Anfechtungsansprüche (zwar nicht als Klagen, wohl aber) als Einreden oder Repliken auch nach der Concurseröffnung sich bedienen dürfen, und durch die Concurseröffnung nur der Befugniss verlustig werden, für diese Ansprüche einen Feststellungsantrag zu stellen oder eine Widerklage zu erheben; doch wird man dieses auf den Wortlaut des § 40 A. G. gestützte Resultat mit Rücksicht darauf ablehnen, dass § 16 A. G. den Masseverwalter ausschliesslich damit betraut, „die Anfechtung“ (nicht blos damit, die Anfechtungsklagen) geltend zu machen.

Ueber die Beweiswürdigung s. S. 43.

IV. Die Vorschrift des § 50 A. G. über die Einstellung der Anfechtungsprocesse, weil die angefochtene Handlung als eine nach dem allgemeinen Strafgesetze zu ahndende sich darstellt, ist durch Art. I des Einf. Ges. zur C. P. O. aufgehoben;[16]) an ihre Stelle ist die allgemeine Norm des § 191 C.P.O. getreten, welche es in das Ermessen des Gerichtes (Senates oder Einzelrichters) stellt, ob in einem solchen Falle der Anfechtungsprocess bis zur Erledigung des Strafverfahrens unterbrochen werden soll.

Ebenso ist die vielverwendete[17]) Vorschrift des § 46 al. 1 A.G.

---

[15]) Im Concurse nur durch den Masseverwalter.

[16]) Schauer, C.P.O, S. 345.

[17]) Gl.U. No. 10545, 10552, 11427, 12812, Nowak III 214, IV. 427.

über die Bewilligung von Sicherungsmitteln durch Art. I des Einf. Ges. zur E. O. aufgehoben; an ihre Stelle sind die §§ 370 ff. und 378 ff. E. O. getreten.

Dagegen gilt laut Art. XIII Z. 8 des E. G. zur E. O. noch die Norm des § 46 al. 2 A. G. Erfordert nämlich die Durchführung des Anfechtungsanspruchs eine bücherliche Eintragung, so darf nach dem cit. Gesetze der Anfechtungskläger die Streitanmerkung im Grundbuche (§§ 61. Grundges.) erwirken, wenn die Anfechtungsklage „anhängig“ ist[18]) und die Voraussetzungen zur Bewilligung von Sicherungsmitteln gegeben sind.[19]) Der Antrag des Anfechtungsklägers ist an das Processgericht zu richten, welches das Grundbuchsgericht um den Vollzug der (vom Processgerichte bewilligten) Streitanmerkung ersucht. Diese Streitanmerkung bewirkt dann eine Ausdehnung der Rechtskraft des dem Anfechtungskläger günstigen[20]) Urtheiles wider alle jene Personen, welche nach dem Zeitpunkte bürgerliche Rechte erworben haben, in welchem das Ersuchschreiben des Processgerichtes um die Eintragung der Streitanmerkung an das Grundbuchsgericht gelangt ist (§ 61 Grdb. G).

---

[18]) Gl. U. No. 11293. „Anhängig“ ist die Klage mit ihrer Einreichung bei Gericht, nicht erst wenn sie streitanhängig ist; vgl. § 41 J. N.

[19]) Gl. U. No. 10925, 11021.

[20]) § 46 A. G. sagt dies nicht ausdrücklich; doch ergibt es sich aus der ratio legis.

IX. Capitel.

Die Concursbeendigung.

I. Die Voraussetzungen.

§ 68. Uebersicht.

Die Concursbeendigung erfolgt aus einem der nachstehenden Gründe:

a) wegen völliger Befriedigung sämmtlicher Gläubiger,

b) wegen Vertheilung des vorhandenen Concursvermögens (§§ 159 ff. C. O.),

c) wegen Vergleiches (§§ 156 ff. C. O.),

d) wegen Zwangsausgleiches (§§ 207 ff. C. O.),

e) wegen Zwangsausgleiches im Gesellschaftsconcurse (§ 239 C. O.),

f) wegen Einverständnisses der Gläubiger über die Aufhebung des Concurses (§ 155 C. O.),

g) wegen Mangels der Gläubigermehrheit (§§ 66, 154 C. O.),

h) wegen Mangels eines zur Deckung der Kosten des Concursverfahrens genügenden Vermögens (§§ 66, 154 C. O).

Die Gründe a—c, f—h haben in allen Concursen, der Grund d hat nur im kaufmännischen, der Grund e nur in bestimmten kaufmännischen Concursen, nämlich in jenen der persönlich haftenden Gesellschafter protocollirter Handelsgesellschaften statt.

§ 69. Vollständige Befriedigung der Gläubiger.

I. Aus den Ausführungen S. 2 und 62 ff. ergiebt sich, dass eine Concurseröffnung erfolgen kann, trotzdem der Activstand den Passivstand übersteigt; auch kann dem Gemeinschuldner während des Concursverfahrens soviel Vermögen zufallen, und der Effect

der Anfechtungsprocesse kann ein derart erheblicher sein, dass ein Ueberschreiten des Passivstandes durch das Activum entsteht. In diesen und manchen anderen Fällen ist eine Vollzahlung der Schulden möglich; der Fall kommt vor, ist aber so selten, dass die C.O. ihn gar nicht regelt. Man muss darum seinen Thatbestand aus den Thatbeständen der anderen Voraussetzungen einer Concursaufhebung erschliessen.

Es handelt sich hiebei zunächst um die Erläuterung der zwei Sätze: alle Schulden müssen, und sie müssen voll berichtigt werden.

II. Der Satz, dass alle Schulden voll berichtigt werden müssen, muss dahin erläutert werden, welche Schulden hierunter verstanden sind.

Dass nicht in Wahrheit „alle" Schulden darunter begriffen werden können, ergiebt sich aus dem Gegensatze von Concurs- und concurrirenden Gläubigern; Gläubiger, welche am Verfahren nicht theilnehmen, haben keinen Anspruch darauf, dass dasselbe um ihretwillen nach der Befriedigung der Theilnehmenden fortgesetzt werde. Aus dem Kreise der Gläubiger scheiden demnach die nicht concurrirenden Concursgläubiger aus. Da fragt sich nun, in welchem Zeitpunkte gesagt werden kann, ein Concursgläubiger concurrire nicht? Da die Anmeldungsfrist keine Präclusivfrist ist, und es auch nach ihrem Ablaufe dem Concursgläubiger freisteht zu concurriren, insolange der Concursaufhebungsbeschluss nicht gefasst ist,[1]) muss jeder Gläubiger als concurrirend angesehen werden, welcher seine Forderung vor Fassung des Gerichtsbeschlusses auf Concursaufhebung anmeldet.

Ebenso wie die nicht concurrirenden Concursgläubiger scheiden die nicht concurrirenden Realgläubiger hier aus; sie behalten natürlich ihre Ansprüche an den Gemeinschuldner (S. 262 ff.).

Endlich scheiden nach den Ausführungen auf S. 156 und nach dem § 26 der Concursordnung alle Rückforderungsberechtigten hier aus. Demnach verbleiben die Massegläubiger (§ 160 C.O.) und die concurrirenden Gläubiger; sind diese insgesammt befriedigt, so ist der Thatbestand der hier erörterten Voraussetzung einer Concursaufhebung gegeben.

III. Die Befriedigung hat den ganzen Anspruch eines jeden hierher gehörigen Gläubigers sammt allen Nebengebühren des

[1]) A.M. Gl.U. No. 5408. 7921; s. oben S. 195.

Anspruches zu umfassen. Das ist zweifellos, zweifelhaft dagegen, ob unter „Befriedigung“ nur die Zahlung[2]) zu verstehen sei, oder ob nicht auch die Sicherstellung genüge.

Die Sicherstellung durch Deponirung bei Gericht ersetzt die Zahlung sicherlich im Falle der mora des Gläubigers (§ 1425 a. b. Gb. und § 184 C.O.); ferner genügt bei bestrittenen Ansprüchen die Sicherstellung nach der Analogie der §§ 157 und 223 C.O. gleichfalls. Dagegen genügt sie nicht, wenn nur die Rangordnung eines Anspruches im Concurse bestritten ist, weil diese Rangordnung nur innerhalb des Concurses ihre Wirkung äussert; in solchen Fällen muss also die Zahlung des Anspruches erfolgen.

Um den hier erörterten Thatbestand herzustellen und auf Grund desselben die Concursaufhebung begehren zu können, müssen also alle Ansprüche der Masse- und der concurrirenden Gläubiger getilgt sein, es sei denn ein Anspruch bestritten oder ein Gläubiger mit der Empfangnahme in mora; diese letztgenannten Ansprüche brauchen dann nur sichergestellt zu werden.

IV. Der Zeitpunkt, in welchem der sub II und III erörterte Thatbestand vorhanden sein muss, um zur Concursaufhebung zu führen, bestimmt sich folgendermaassen. Vor der Abhaltung der allgemeinen Liquidirungstagfahrt darf die Concursaufhebung aus diesem Thatbestande nicht erfolgen; denn es würde zwar zur Vermeidung von Unbilligkeiten genügen, wenn die Anmeldungsfrist abgewartet würde, aber die Analogie des § 155 C.O. ist zwingend. Von diesem Zeitpunkte an dagegen besteht keine zeitliche Grenze für die Schaffung des Thatbestandes und für die Nachweisung seines Vorhandenseins; sie kann jederzeit erfolgen.

V. Irrelevant ist, wer die Zahlungsmittel für die Befriedigung der Gläubiger giebt. Gleichgiltig ist auch, wer dem Concursgerichte den Nachweis liefert, dass alle Masse- und die concurrirenden Gläubiger befriedigt seien; sowohl der Masseverwalter als der Gemeinschuldner sind hiezu berechtigt. Thun es die Gläubiger selbst, so fällt der hier behandelte Fall wohl immer mit jenem des § 155 C.O. zusammen.

Ob auch eine Concursaufhebung stattzufinden hat, wenn alle concurrirenden Gläubiger bis auf einen befriedigt sind, wird im § 75 erörtert.

---

[2]) Derselben stehen datio in solutum, Compensation und Erlass gleich.

VI. Auch über das Verfahren zur Befriedigung der Gläubiger und zum Ausweise darüber bestimmt die C.O. nichts; es kommt auch nichts darauf an, da ja eine Volleistung erfolgt. Regelmässiger Weise wird das Verfahren das im § 70 dargestellte Vertheilungsverfahren sein.

§. 70. Vertheilung des Concursvermögens.[1])

I. Als die regelmässige Voraussetzung der Concursbeendigung denkt sich die C.O. die Vertheilung der Ist-Masse unter die als berechtigt ausgewiesenen Personen; als solche erscheinen (nach Ausscheidung der Rückforderungsberechtigten) die Massegläubiger, Realgläubiger und concurrirenden Gläubiger. Unter sie soll die Ist-Masse ordnungsmässig vertheilt werden; in dieser Richtung besteht eine entsprechende Amtspflicht aller am Concursverfahren betheiligten Organe und ein besonderes Vertheilungsverfahren, welches jedem Betheiligten mit Ausnahme des Gemeinschuldners einen Rechtsbehelf (die Erinnerung, § 177 C.O., eventuell die Vorstellung) an die Hand giebt, um Mängel und Irrthümer der Vertheilung beheben zu lassen. Trotzdem, ja vielleicht gerade weil diese Vorschriften eine ordnungsgemässe Vertheilung der Ist-Masse mit gutem Grunde erwarten lassen, knüpft die C.O. die Aufhebung des Concurses nicht an die ordnungsmässige Vertheilung, sondern an die rechtskräftige Vertheilung (§ 189 C.O.), verpflichtet auch keinen, welcher aus der Ist-Masse mehr erhalten hat, als seine richtig berechnete Quote betragen hätte, zu einer Zurückzahlung des Uebermasses[2]) (§ 186 C.O.), es liege denn eine strafbare Handlung desselben vor. Dasselbe Motiv der Rechtssicherheit und das Bedürfniss nach sinnfälligen Thatbestandmomenten, welches die Wirkungen der Concurseröffnung statt

---

[1]) Frankl, Zur Revision d. österr. Concursr. S. 111 ff.; Kaserer S. 219 ff.; Kissling S. 246 ff.; Schwarz I S. 239 ff.; II S. 396 ff.; früheres österr. Recht: Gspan, Abh. über die gesetzm. Befried. III/II S. 84 ff.; Haimerl, Vorträge über den Concurs S. 252 ff.; gemeines Recht: Bayer S. 199 ff.; Schweppe S. 261 ff.; deutsches Recht: Kohler, Lehrb. S. 570 ff.; Petersen-Kleinfeller, Comm. S. 445 ff.; § 169 ff. ung. C.O.; § 137 ff. dtsch. C.O.

[2]) Menzel, Anfechtungsr. S. 281 f.; Wolff, Massegläubiger im Concurse (in Ztsch. für deutsch. Civilpr. XXII S. 293 ff.); vgl. § 244 C.O.; Art. 218 H.G.; § 159 d. C.O.



an ihre Voraussetzungen an den Concurseröffnungsbeschluss[3]) knüpft, welches die Concursgläubiger durch die concurrirenden Gläubiger und die Soll-Masse des Concurses durch seine Ist-Masse ersetzt, führt noch dazu, als Thatbestand eines Concursaufhebungsgrundes nicht die ordnungsmässige Vertheilung, sondern die rechtskräftige Vertheilung zu normiren; die C.O. konnte dies um so eher thun, als die Ansprüche der Gläubiger dadurch in ihrer Existenz nicht alterirt werden, dass sie bei der Vertheilung der Masse unberücksichtigt bleiben.

Nun sind die im folgenden erörterten Bestimmungen über die ordnungsgemässe Vertheilung zwar nicht als lediglich instructionelle aufzufassen (wie jene über die Soll-Masse), weil bei jeder Vertheilung zwar nicht der Gemeinschuldner, aber jeder concurrirende Gläubiger einen Rechtsbehelf[4]) hat, mit welchem er die ordnungsmässige Vertheilung herbeiführen kann; die Massegläubiger und Realgläubiger haben ferner in allen Fällen (auch bei Vertheilungen ohne Vertheilungsentwurf) einen subjectiven Anspruch auf eine ordnungsmässige Vertheilung, soweit der einzelne Masse- oder Realgläubiger in Frage kommt; die Vorschriften über die Vertheilung sind demnach vollgiltige Normen, keine blossen Dienstinstructionen. Aber die Rechtskraft der Vertheilung deckt deren Mängel, insoweit nicht strafrechtlich verfolgbare Handlungen sie herbeiführten.

II. Als ordnungsmässige Vertheilung denkt die C.O. sich jene, bei welcher die Realgläubiger aus den ihnen haftenden besonderen Massen (§§ 53, 54), ferner aus der Ist-Masse die Massegläubiger nach den §§ 29 und 160 C.O. (§ 55), nach ihnen die concurrirenden Gläubiger nach der Vorrechtsordnung befriedigt werden. Die Vertheilung an die Realgläubiger ist im § 53, jene an die Massegläubiger im § 55 dargestellt; es erübrigt noch die Darstellung der Vertheilung an die concurrirenden Gläubiger.

Diese Vertheilung findet erst nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt statt (§ 168 C.O.), weil es vor diesem Zeitpunkte keine geprüften Ansprüche giebt; sie erfolgt (in einfachen Fällen) ohne förmlichen Vertheilungsentwurf, sonst auf Grundlage eines solchen.

---

[3]) Ueber die geringen Ausnahmen s. S. 45 ff.

[4]) Dieser Rechtsbehelf steht zur Behebung jeder Unregelmässigkeit des Vertheilungsentwurfes zur Verfügung. Vgl. zum Texte auch Gspan a. a. O. III/2 S. 201 ff.



In beiden Fällen sind grundsätzlich alle concurrirenden Gläubiger nach der Vorrechtsordnung zu berücksichtigen; ausgeschieden werden (und zwar nur bei den Vertheilungen auf Grundlage eines Vertheilungsentwurfes) jene concurrirenden Gläubiger, deren Forderungen im Liquidirungsverfahren bestritten worden sind, und welche nicht rechtzeitig, d. i. längstens bis zum Ablaufe der Frist für die Erinnerungen wider den Vertheilungsentwurf die Einleitung des Liquidirungsprocesses nachweisen (§ 175 al. 3 C. O.).

Die Vertheilung geschieht nach folgenden Grundsätzen.

Da alle concurrirenden Gläubiger ihre Ansprüche in Geld angemeldet haben (S. 199 f.), da auch die Ist-Masse in Gänze versilbert wurde (§ 61 IV), erfolgt die Vertheilung an die concurrirenden Gläubiger nur in Geld.[5] Bei Berechnung der auf die Einzelnen entfallenden Quoten wird nicht nur das Capital des Anspruches, sondern es werden auch dessen Nebengebühren (§ 912 a. b. Gb.), insbesondere die Zinsen bis zum muthmasslichen Auszahlungstage (§ 183 C. O.) in Rechnung gezogen; Renten, Unterhaltsgelder und sonstige wiederkehrende Zahlungen werden capitalisirt, und es wird vom Capitale die entsprechende Quote berechnet (§ 182 C. O.). Vermöge positiver Vorschriften des Gesetzes werden aber aus den Nebengebühren die Kosten der Anmeldung (§ 122 C. O.) und jene nachträglicher Liquidirungstagfahrten (§ 123 al. 4 C. O.) ausgeschieden, und bei der Quotenberechnung nicht berücksichtigt.[6]

Die Quoten werden grundsätzlich an die Gläubiger ausbezahlt. Zweifelhaft ist, ob sie Bring- oder Holschulden sind. Consequenterweise sollte dafür entscheidend sein, ob die Schuld vor der Concurseröffnung eine Bring- oder eine Holschuld war; aber diese Consequenz würde eine (äusserlich) ungleichmässige Behandlung der einzelnen Ansprüche im Concurse und damit eine nicht unbeträchtliche Complication der Vertheilung zur Folge haben; unter Benützung eines im § 184 al. 3 C. O. gegebenen Anhaltspunktes ist man darum berechtigt, diese Leistungen für alle Gläubiger als Holschulden zu bezeichnen, und zwar grundsätzlich wieder als Holschulden beim Masseverwalter, nicht bei Gericht.[7] Nur in den Fällen, in welchen der Masseverwalter

---

[5]) Ausdrücklich sagt dies die C. O. nicht; s. aber §§ 110, 168, 171 C. O.; a. M. Schwarz II S. 436.

[6]) Vgl. Gl. U. No. 12035.

[7]) Im Resultate übereinstimmend Schwarz II S. 436.



zur Deponirung der auf einen Gläubiger entfallenden Beträge verpflichtet ist, muss die Holschuld nicht beim Masseverwalter, sondern bei Gericht geholt werden. Zu dieser Deponirung ist der Masseverwalter verpflichtet: 1. wenn der Gläubiger mit der Empfangnahme in mora ist (§ 184 al. 3 C.O.); 2. wenn ein Capital für wiederkehrende Leistungen ausgeworfen ist (§ 182 C.O., S. 170); 3. wenn der Anspruch eines concurrirenden Gläubigers vom vierten Range (der dritten Classe) aufwärts bestritten ist (§ 170 C.O.); 4. wenn der Anspruch eines concurrirenden Gläubigers vom 1. bis zum 3. Range (der 1. und 2. Classe) bei der ersten Vertheilung noch bestritten ist, und die Vertheilung auf Grund eines Vertheilungsentwurfes stattfindet; (§§ 169, 170 C. O.); 5. wenn Erinnerungen wider eine Post des Vertheilungsentwurfes eingebracht sind, über welche das Concursgericht noch entscheiden muss (§ 180 C.O.).

III. Die Voraussetzungen der Vertheilung. Die Anwendung dieser Grundsätze, wie sie sub II dargestellt wurden, würde ganz leicht sein, wenn die Vertheilung an einen Präclusivtermin geknüpft, und der Kreis der an der Vertheilung participirenden Masse- und concurrirenden Gläubiger hierdurch festgesetzt wäre. So war es früher Rechtens.[8]) Aber die C.O. ist von der Normirung eines solchen Präclusivtermines mit Recht abgegangen, weil er nothwendigerweise den Beginn der Vertheilung allzulange verzögert; das Gesetz hat nur einen Anfangstermin für diese Vertheilungen festgehalten (die Abhaltung der allgemeinen Liquidirungstagfahrt, § 168 C.O.), hat aber an die Stelle der einmaligen Vertheilung an eine geschlossene Zahl von Personen mehrfache Vertheilungen, Theilleistungen gesetzt, welche unter Beobachtung der Vorrechtsordnung erfolgen sollen, sobald die Masse genug Geld hat, um eine nennenswerthe Quote auszubezahlen. Die C.O. unterscheidet darnach Abschlagsvertheilungen, Schlussvertheilung und Nachtragsvertheilungen. Der Vortheil dieser Normirung ist der, dass die Gläubiger früher Geld erhalten, und dass die Concursverwaltung sich vereinfacht; ihr Nachtheil besteht in der Unsicherheit über die Höhe der einzelnen Quote und über den Kreis der an diesen einzelnen Vertheilungen participirenden Gläubiger.

---

[8]) Hfd. v. 24. October 1807, J.G.S. No. 822; Bayer S. 201 f.; Gspan a. a. O. III/II S. 82 ff.; Haimerl a. a. O.; die beiden Letzteren führen einige Ausnahmen an.



Die Unsicherheit über die Höhe der Quote entsteht bei solchen Theilleistungen (Abschlagsvertheilungen) dadurch, dass die Höhe der Activen und der Kreis der Gläubiger noch nicht feststehen; das erstere erklärt sich daraus, dass möglicherweise noch nicht das ganze Concursvermögen festgestellt und das festgestellte noch nicht ganz versilbert ist, das letztere daraus, dass stets neue Massegläubiger entstehen, und dass auch nach Ablauf der Anmeldungsfrist weitere concurrirende Gläubiger ihre Forderungen anmelden können (§ 123 C.O). Die C.O. behebt diese Schwierigkeiten dadurch, dass sie die zwei Grundsätze aufstellt: 1. bei Abschlagsvertheilungen werden nur die (noch nicht befriedigten) bestehenden oder derzeit voraussehbaren Massegläubiger (S. 281 ff.) und die derzeit concurrirenden Gläubiger berücksichtigt;[9] 2. bei späteren Vertheilungen werden neu hinzutretende Masse- und concurrirende Gläubiger mit ihrem vollen, die bei der früheren Vertheilung berücksichtigten nur mit ihrem Rest-Anspruche berücksichtigt, wohei die Rangordnung zwischen Massegläubigern und concurrirenden Gläubigern derart zu beachten ist, dass die noch nicht völlig entfertigten Massegläubiger ganz zu befriedigen sind, ehe an die Berichtigung der Ansprüche concurrirender Gläubiger gegangen wird. Damit ist einerseits für die Gläubiger das Interesse an der rechtzeitigen Betheiligung am Concurse geschaffen, andererseits der Kreis der bei der einzelnen Vertheilung zu berücksichtigenden Personen festgestellt. Aus Billigkeitsrücksichten erleidet jedoch der sub 2 dargestellte Grundsatz zwei Ausnahmen: a) hat eine Vertheilung ohne Vertheilungsentwurf stattgefunden, so sind nachträglich theilnehmende concurrirende Gläubiger derart vor den bereits bei früheren Vertheilungen berücksichtigten concurrirenden Gläubigern zu bevorzugen, dass sie die den letzteren zugewiesene Quote vorab erhalten, so dass nur der Rest des zu vertheilenden Massebestandes unter alle concurrirenden Gläubiger vertheilt wird; diese Vorschrift beruht auf der Erwägung, dass den Vertheilungen ohne Vertheilungsentwurf die Garantie des Rechtsbehelfes der „Erinnerung“ fehlt; b) dasselbe gilt auch bei Vertheilungen, welche auf Grundlage eines Vertheilungsentwurfes vorgenommen wurden, im Falle des § 25 Abs. 3 Anf. Ges. (s. § 65 III),

---

[9]) Ueber die Nothwendigkeit des Ausweises der Einbringung der Liquidirungsklagen s. §§ 175, 186 al. 2 C.O.



da diese concurrirenden Gläubiger sich rechtzeitig nicht melden konnten.

Durch diese Vorschriften ist eine Grundlage für die Quotenberechnung, und zugleich ein Maassstab dafür geschaffen, wann ein „hinreichender Massebestand“ (§ 168 C. O.), d. h. Geld für die Vornahme einer Abschlagsvertheilung vorhanden ist; denn man kennt nun die Höhe der bei dieser Abschlagsvertheilung zu berücksichtigenden Passiven. Offen bleibt allerdings die Frage, welche Quote die Mühe und die Kosten einer Abschlagsvertheilung lohnt. Die Beantwortung derselben hat die C. O. im Allgemeinen in das pflichtmässige Ermessen der berufenen Organe des Verfahrens (nämlich des Masseverwalters im Einvernehmen mit dem Gläubigerausschusse, § 140 C. O.) gestellt und nur für einen Fall imperativ geregelt: ist nämlich der verfügbare (versilberte) Massebestand hinreichend, um die Masseschulden zu decken und die concurrirenden Gläubiger des ersten bis dritten Ranges voll zu befriedigen, so hat eine Vertheilung stattzufinden (§ 169 C. O.).

Der Gemeinschuldner ist ohne rechtlichen Einfluss auf die Vertheilung. Selbst ein eingeschränktes Widerspruchsrecht etwa nach Art der §§ 128 und 213 E. O. kennt die C. O. nicht.

Nach diesen Vorschriften sind Vertheilungen zu wiederholen, so oft ein entsprechender Massebestand sich ergiebt (§ 185 C. O.), d. h. so oft genügendes Geld zur Vertheilung einer angemessenen Quote an die concurrirenden Gläubiger sich angesammelt hat. Ist die Ist-Masse völlig versilbert,[10]) und sind alle streitigen Ansprüche (aller Masse- und concurrirenden Gläubiger) festgestellt, sei es durch ein Urtheil, sei es durch Verzicht, Anerkenntniss, Vergleich u. dgl., so hat die Schlussvertheilung stattzufinden (§ 187 C. O.).[11]) Aus praktischen Erwägungen ist noch bestimmt, dass eine Schlussvertheilung zwar nicht vor der Versilberung der ganzen Ist-Masse, aber doch schon vor Heimfall der Deckungscapitalien für wiederkehrende Bezugsrechte oder für bedingte Ansprüche erfolgen solle (§ 188 C. O.), weil die Concursverhandlung sonst leicht um geringer Beträge willen ungebührlich verzögert würde.

---

[10]) Das Hfd. v. 18. Mai 1790 J.G.S. No. 23, welches bei Manz VI/I S. 483 merkwürdigerweise abgedruckt ist, ist durch Art. I des E. G. zur C. O. aufgehoben.

[11]) Der Concurscommissär kann sie direct nicht erzwingen (Gl. U. No. 9344), sondern nur nach § 80 C. O.

Doch hat sich die Schlussvertheilung in eventu (für den möglichen Heimfall) auch auf diese Deckungsbeträge zu erstrecken und nominatim jene concurrirenden Gläubiger zu bezeichnen, welchen die Deckungsbeträge[12]) zufallen; sie ist also eine wirkliche Schlussvertheilung. Dies zeigt sich auch darin, dass den letztgenannten concurrirenden Gläubigern die persönliche, directe Geltendmachung dieser ihrer Ansprüche auf die heimgefallenen Beträge überlassen wird (§ 188 al. 2 C.O.).

Kommt nach der Concursaufhebung ein Theil der Soll-Masse hervor, so ist bezüglich desselben eine Nachtragsvertheilung[13]) nach den hier entwickelten Grundsätzen vorzunehmen. Auch bei dieser sind nur die Massegläubiger und jene persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners zu berücksichtigen, welche im Concurse concurrirten (§ 190 C.O.); anders im Falle des § 242 C. O., s. § 79.

IV. Das Vertheilungsverfahren.[14]) Die Vertheilung selbst beschränkt sich auf die concurrirenden Gläubiger, da die Massegläubiger nach den §§ 29 und 160 C.O. nicht auf eine Vertheilung von Massebeständen zu warten brauchen (s. § 55). Das Vertheilungsverfahren bezieht sich jedoch einigermassen auch auf die Massegläubiger, weil diese gleichfalls aus der Ist-Masse (den Massebeständen) wie die concurrirenden Gläubiger befriedigt werden sollen, und weil deshalb bei der Vertheilung der versilberten Masse an die Letzteren auch auf die Ersteren Rücksicht zu nehmen ist. Doch erstreckt sich diese Bezugnahme des Vertheilungsverfahrens auf die Massegläubiger nur soweit, als es sub III dargestellt wurde, nämlich auf die Ermittlung des für sie zu reservirenden Theiles des versilberten Massebestandes; persönlich nehmen die Massegläubiger an diesem Verfahren nicht theil und haben daher in demselben weder Pflichten noch subjective Rechte,[15]) da ihnen zur Geltendmachung ihrer Ansprüche die Rechtsbehelfe des § 160 C.O. zur Verfügung stehen (S. 287 f.).

---

[12]) Auch die Procentsätze sind zu bestimmen, nach denen sie vertheilt werden. Vgl. auch § 229 Abs. 2 E. O.

[13]) Schwarz II S. 444 ff.; Oetker, Concursrechtliche Fragen S. 73 ff.; s. das Detail unten im § 79, III.

[14]) Schwarz II S. 440 ff.; Kohler, Lehrb. S. 570 ff.; Fitting, Concursr. S. 316 ff.; ung. C.O. § 181 ff.; §§ 137 ff. dtsche. C.O. Die österr. C.O. vom 1. Mai 1781 § 41 ff. kannte nur eine Vertheilung auf Grund eines Vertheilungsentwurfes.

[15]) Auch nicht die „Erinnerung“; Gl.U. No. 5711.



Das Vertheilungsverfahren wird vom Masseverwalter beantragt und eingeleitet. Der Gemeinschuldner und der einzelne concurrirende Gläubiger können wohl eine Aufsichtsbeschwerde[15a]) wegen verzögerter Vertheilung erheben, haben aber keinen Anspruch darauf, dass eine Vertheilung zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolge. Das Verfahren findet entweder auf Grundlage eines Vertheilungsentwurfes oder ohne einen solchen statt. Das Verfahren auf Grundlage des Entwurfes ist als Regel, jenes ohne einen solchen als Ausnahme (für die einfacheren Fälle) gedacht.

a) Die Vertheilung ohne Vertheilungsentwurf ist sowohl bei Abschlagsvertheilungen, als auch bei der Schlussvertheilung,[16]) als auch bei Nachtragsvertheilungen zulässig, jedoch nur dann, wenn die gänzliche oder theilweise Berichtigung von Ansprüchen höchstens des vierten Ranges (der dritten Classe) der concurrirenden Gläubiger erfolgen soll[17]) (§ 170 C.O.); soll ein höherer Rang an der Quotenzahlung participiren, so bedarf es eines Vertheilungsentwurfes. Den Antrag auf Vornahme einer Vertheilung ohne Entwurf stellt der Masseverwalter im Einvernehmen mit dem Gläubigerausschusse; er weist hierbei nach, dass die bestehenden und voraussehbaren Masseschulden gedeckt sind, und beantragt auf Grundlage des Liquidirungsprotokolles die Vertheilung einer bestimmten aus dem versilberten Massebestande schon verfügbaren Quote. Der Antrag ist an den Concurscommissär gerichtet und die Zulässigkeit (wenn auch nicht die Giltigkeit) der Vertheilung an dessen Zustimmung geknüpft (§ 172 C.O.). Gegen seine Entscheidung stehen die Rechtsmittel[18]) des § 257 C.O. offen, und zwar, da die C.O. nichts normirt, sowohl dem Masseverwalter als auch wegen seiner Benachtheiligung jedem einzelnen concurrirenden Gläubiger. Der Masseverwalter hat jedoch den Ablauf der Rechtsmittelfrist zur Vornahme der Vertheilung nicht abzuwarten; ist aber ein Rechtsmittel schon eingebracht, dann darf allerdings vor dessen Erledigung die Vertheilung nicht begonnen oder fortgesetzt werden (§ 12 des kais. Pat. v. 9. August 1854 R.G.B. No. 208).

15a) § 80 C.O., § 78 G.O.G.

16) § 187 C.O.: „.... nach den in Ansehung der sonstigen Vertheilungen geltenden Bestimmungen.“

17) Die deutsche C.O. kennt dieses abgekürzte Verfahren nicht; § 139 ff. dtsche. C.O.

18) Nicht auch der Rechtsbehelf der Erinnerung.

Der grundsätzliche Unterschied dieses Verfahrens von dem sub b dargestellten liegt nicht im Fehlen des Vertheilungsentwurfes (an dessen Stelle das davon nicht wesentlich verschiedene Liquidirungsprotokoll tritt), sondern in dem Mangel der Instructionsverhandlung erster Instanz mit den concurrirenden Gläubigern, welche hier auf das Rechtsmittelverfahren beschränkt sind.

b) Vertheilung mit Vertheilungsentwurf. Der Vertheilungsentwurf ist eine Aufstellung über die Quote, welche aus der realisirten Ist-Masse an die concurrirenden Gläubiger vertheilt werden soll. Im gemeinen Rechte war seine Verfassung die Aufgabe des Gerichtes,[19] jetzt ist sie eine solche des Masseverwalters und hat damit natürlicher Weise die frühere Natur einer gerichtlichen Entscheidung verloren. Dagegen steht allerdings der Entwurf selbst unter Umständen einer gerichtlichen Entscheidung an Wirkung gleich.

α) Einmal dann, wenn er Abweichungen von den anerkennenden Liquidirungserklärungen des Masseverwalters oder den Liquidirungsurtheilen enthält. Auf diesen Erklärungen und auf Liquidirungsurtheilen hat nämlich der Vertheilungsentwurf zu beruhen. Insoweit er nun mit ihnen sich deckt, kommt ihm nicht die Wirkung gleich einer gerichtlichen Entscheidung zu. Aber es sind im Vertheilungsentwurfe auch Thatsachen zu berücksichtigen, welche den Liquidirungserklärungen und Liquidirungsurtheilen nachfolgen, z. B. die Zahlung oder Theilzahlung durch einen Dritten, ein Verzicht und ähnliche rechtserhebliche Thatsachen, welche auch berücksichtigt werden müssten, wenn sie einem Urtheile nachfolgen (vgl. §§ 35 f. E.O.). Insoweit hat also der Vertheilungsentwurf von seinen Grundlagen, den anerkennenden Liquidirungserklärungen des Masseverwalters und den Liquidirungsurtheilen abzuweichen. Und soweit diese Abweichungen reichen, soll der Vertheilungsentwurf (allerdings nur für diese Vertheilung) die Wirkung einer res iudicata haben.

Da nun die Verfassung des Vertheilungsentwurfes Sache des Masseverwalters ist, müssen die Betheiligten dagegen versichert werden, dass diese (wenn auch beschränkte) Wirkung der res iudicata nicht zu Unrecht eintrete. Diese Versicherung gewährt die C.O. durch Normirung eines Einspruchsrechtes, welches in

---

[19]) Bayer S. 199 ff.; anders aber schon § 41 der C. O. vom 1. Mai 1781.

Form der Erinnerung den Betheiligten offen steht. Durch die Ausübung dieses Einspruchsrechts benimmt der Betheiligte dem (von ihm angegriffenen) Theile des Vertheilungsentwurfes die Wirkung einer res iudicata, und provocirt eine gerichtliche Entscheidung (siehe unten 3).

β) Weiters kann der Vertheilungsentwurf von der Anmeldungstabelle Abweichungen enthalten, indem er angemeldete Ansprüche übergeht. Auch da tritt dann eine Wirkung gleich jener der res iudicata für diese Vertheilung ein, und zwar gleich einem abweisenden Urtheile. Darum besteht auch hier das erwähnte Einspruchsrecht.

Im Einzelnen gilt Folgendes:

Der Vertheilungsentwurf weist vor allem den versilberten Massebestand aus und theilt denselben in einen Betrag, welcher zur Deckung der Masseschulden bestimmt ist, und in einen, welcher zur gänzlichen oder theilweisen Berichtigung der Ansprüche concurrirender Gläubiger dienen soll (s. oben II). Hierauf werden alle angemeldeten Ansprüche auf der Grundlage der Anmeldungstabelle angeführt,[20]) mit Ausnahme jener jedoch, welche bei einer Liquidirungstagfahrt vom Masseverwalter oder einem Gläubiger bestritten wurden, und bezüglich welcher der Ausweis darüber nicht beigebracht ist, dass der im § 129 C. O. vorgesehene Process wider die Bestreitenden eingeleitet wurde,[21]) oder dass er nach § 124 Abs. 4 C. O. entbehrlich geworden ist (§§ 174, 175 C. O.). Endlich ist im Entwurfe die Quote berechnet, welche jedem concurrirenden Gläubiger derzeit bezahlt oder sichergestellt werden soll (§§ 174, 182 C. O.).

Dieser Vertheilungsentwurf unterliegt nun einer dreifachen Prüfung:

1. Durch den Gläubigerausschuss. Erst wenn dieser den Vertheilungsentwurf unterzeichnet hat, ist derselbe dem Concurscommissär vorzulegen (§ 176 C. O.); daraus ergiebt sich, dass der Entwurf der Genehmigung des Gläubigerausschusses bedarf. Die materielle Grundlage für diese Prüfung bilden der versilberte Massebestand und die Liquidirungstabelle; entspricht der Entwurf

---

[20]) Bei jeder Post ist anzugeben, ob sie bestritten ist oder nicht (§ 175 C. O.).

[21]) Dieser Ausweis kann bis zum Ablaufe der Frist für die Erinnerungen nachgetragen werden; Spruch-Rep. No. 55; Kissling S. 263.

derselben und dem Gesetze, so muss der Ausschuss ihn pflichtgemäss genehmigen; diese Zustimmung kann nach § 19 des Verf. ausser Streitsachen erzwungen werden (S. 248; s. auch S. 102).

2. Durch den Concurscommissär. Dessen Prüfung ist eine formelle; er beschränkt sich auf die Untersuchung, ob der Entwurf dem § 175 C.O. entsprechend verfasst ist, und veranlasst durch Berichtigungsaufträge im kurzen Wege die Richtigstellung formeller Mängel (§ 176 C.O.); gegen diese Berichtigungsaufträge sind Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 176 C.O.), da es sich lediglich um Formalitäten des Verfahrens handelt.

3. Durch die concurrirenden Gläubiger.[22]) Jeder concurrirende Gläubiger hat ein subjectives Recht, wider den Entwurf bestimmte Bemängelungen in Form der Erinnerung vorzubringen (§ 176 C.O.). Obwohl der Normirung dieses Rechtes gedanklich die Wahrung des eigenen Interesses des betreffenden Gläubigers zu Grunde liegt, enthält dennoch die C.O. aus Gründen der Oekonomie nicht die Bestimmung, dass seine Ausübung von dem Nachweise des eigenen Interesses abhängig sei; dieses eigene Interesse ist gesetzgeberisches Motiv geblieben, hat im Gesetze keinen Ausdruck gefunden. Jeder concurrirende Gläubiger übt also das Recht der Erinnerung im eigenen und im allgemeinen Interesse aus. Es darf darum eine Erinnerung nicht deshalb a limine vom Concurscommissär oder nach der Tagfahrt vom Concursgerichte zurückgewiesen werden, weil dem Erinnernden kein eigenes Interesse gerade an dieser Erinnerung zustehte.[23]) Würde man bei jeder Erinnerung den Nachweis oder auch nur die Bescheinigung eines rechtlichen Interesses gerade an der vorgebrachten Erinnerung verlangen, so wäre des Streites kein Ende; die C.O. hat durch ihr Schweigen mit Glück diese Streitigkeiten abgeschnitten und jeden concurrirenden Gläubiger[24]) zur Erinnerung wider jede Post des Vertheilungsentwurfes legitimirt.

---

[22]) Frankl, Welche Rechtsmittel hat der Concursgläubiger gegen den Vertheilungsantrag, in Jur. Vrtljschr. 1889 S. 131 ff.; Schwarz II S. 403 ff.; Kohler, Lehrb. S. 575 ff.; § 185 ung. C.O.; § 146 dtsch. C.O. (Einwendung). Von der „Erinnerung“ des § 176 C.O. ist jene des § 250 C.O. scharf zu unterscheiden.

[23]) A. M. Petersen-Kleinfeller. Comm. S. 466; Kohler, Lehrb. S. 576; Wilmowsky, Comm. S. 401; vgl. Oetker, Concursr. Grundbegr. I S. 491 ff.

[24]) Frankl a. a. O.

Weniger glücklich ist das Schweigen der C.O. über den zulässigen Inhalt der Erinnerung; denn es lässt die Deutung offen, als sei z. B. die Nachtragung von Bestreitungserklärungen oder von Bemängelungen der Verwaltungsrechnung im Wege der Erinnerung wider den Vertheilungsentwurf zulässig. Man wird jedoch zu einer solchen unökonomischen Auslegung sich um so weniger entschliessen dürfen, als § 256 C.O. den Grundsatz der Präclusion im Concursverfahren wenigstens in einer Richtung zum schroffen Ausdrucke bringt: wer eine Tagfahrt versäumt hat, kann nicht mehr nachholen, was er bei derselben vorzubringen hatte. Verallgemeinert man, soweit nicht etwa besondere Vorschriften (§ 123 C.O.) entgegenstehen, diesen Satz, so gewinnt man das sehr billigenswerthe Princip: wer im Concurse einen Rechtsbehelf nicht oder nicht rechtzeitig geltend gemacht hat, kann ihn in keiner Form mehr geltend machen. Darum ist vor allem die Erinnerung der einzige Rechtsbehelf der Gläubiger wider den Vertheilungsentwurf;[24] darum darf sie aber auch weder eine Bestreitungserklärung nach § 119 C.O., noch eine Bemängelung der Verwaltungsrechnung bringen. Man wird ferner annehmen müssen, dass die Erinnerung den einzelnen concurrirenden Gläubigern nicht zur Bemängelung von Handlungen zusteht, welche nach der C.O. von der Gläubigerversammlung oder dem Gläubigerausschusse gesetzt wurden: es kann also z. B. der einzelne concurrirende Gläubiger nicht in einer Erinnerung einen Verkauf aus freier Hand bemängeln. Es verbleibt demnach als zulässiger Inhalt einer Erinnerung die Rüge der Formalien, die Bemängelung der Berechnung des Massebestandes und der Quoten, ferner die Rüge bezüglich einzelner Posten des Entwurfes, sei es eigener, sei es fremder,[25] der Nachweis der Anhängigmachung des Liquidirungsprocesses,[26] oder jener der verspäteten Anmeldung eine Forderung.

Eingehender als den Inhalt der Erinnerung regelt die C.O. das Verfahren, in welchem sie vorgebracht wird.

Der Vertheilungsentwurf ist zur Einsicht der concurrirenden Gläubiger beim Concurscommissär und beim Masseverwalter durch eine Nothfrist von 14 Tagen offen zu halten; die Verständigung hievon erfolgt mittelst Edictes und mit besonderer Verständigung der concurrirenden Gläubiger (§ 176 C.O.); gleichzeitig ist eine

---

[25]) Z. B. bezahlter Forderungen.

[26]) Spruch-Rep. No. 55.

Tagfahrt zur Verhandlung über etwa einlaufende Erinnerungen auf längstens 8 Tage nach Ablauf der obgenannten Nothfrist anzuordnen, und es sind zu derselben ausser den concurrirenden Gläubigern auch der Masseverwalter und sein Stellvertreter vorzuladen (§ 177 C.O.); das Erscheinen dieser beiden, sowie der Mitglieder des Gläubigerausschusses (§ 177 C.O.) ist deren Amtspflicht. Die Vorladung des Gemeinschuldners ist nicht vorgeschrieben. Innerhalb der 14tägigen Nothfrist[27]) ist jeder concurrirende Gläubiger berechtigt, Erinnerungen (in beliebiger Zahl) einzubringen.

Sind solche Erinnerungen eingebracht, so sind Civilprocesse über dieselben ausgeschlossen;[28]) es wird vielmehr die obgenannte Tagfahrt abgehalten[29]) und bei derselben unter Leitung des Concurscommissärs nach der Reihenfolge des Vertheilungsentwurfes über die Erinnerungen verhandelt (§ 178 C.O.). Ein Zwang zum Erscheinen besteht für den erinnernden Gläubiger nicht. Doch wird auf die Erinnerungen ausbleibender Gläubiger nur dann Bedacht genommen, wenn der Masseverwalter sie aufnimmt (§ 181 C.O.); unterlässt er dies, so wird die Erinnerung als zurückgezogen angesehen. Insoweit darnach eine Verhandlung bei dieser Tagfahrt stattfindet, hat sie zunächst eine gütliche Einigung der Betheiligten (d. i. des Masseverwalters, der erinnernden Gläubiger und jener concurrirenden Gläubiger, wider welche die Erinnerung sich richtet) über die Erinnerung zum Zwecke; nur wenn diese nicht erreicht werden kann, entscheidet das Concursgericht mit Bescheid, gegen welchen jedem der obgenannten Betheiligten der Recurs offen steht (§ 180 C.O.); über jede streitig gebliebene Erinnerung ist ein abgesonderter Bescheid zu erlassen, da über jede derselben auch ein abgesondertes Protokoll aufzunehmen ist (§ 180 C.O.). Ueber die Tagfahrt ist ein Protokoll zu führen, welches nur die bis zum Schlusse der Verhandlung nicht zurückgezogenen Anträge der Betheiligten, ferner ihre Anerkenntnisse und Verzichte enthält; bleibt eine Post aber streitig, so ist über sie, wie bemerkt, ein besonderes Protokoll aufzunehmen, welches behufs Ermöglichung der Entscheidung des Concursgerichtes auch die auf den Sachverhalt

---

[27]) Gl.U. No. 9096.

[28]) Frankl, Zur Revision des österr. Concursr. S. 113.

[29]) Es gelten für sie und ihre Erstreckung die §§ 115, 116 C.O., s. Schwarz II S. 431 und oben S. 221.

bezüglichen Ausführungen der Betheiligten zu beurkunden hat (§ 178 C.O.).

Sind keine Erinnerungen oder keine rechtzeitig eingebracht worden, so entfällt die Tagfahrt.

V. Der Vollzug der Vertheilung[30]) besteht in der Ausbezahlung der Quoten an jene concurrirenden Gläubiger, deren Ansprüche feststehen, und wider die keine Erinnerungen eingebracht oder mit Erfolg aufrecht erhalten geblieben sind. Diese Gläubiger haben die Zahlungen auf eigene Kosten zu quittiren,[31]) bei Voll- und Restzahlungen die Schuldurkunden und Executionstitel zurückzustellen; bei Abschlagszahlungen haben sie diese Urkunden behufs Abschreibung der Theilzahlungen auf denselben vorzuweisen (§ 184 C.O.). An die Stelle der Zahlung der Quote tritt ihre Deponirung bei Gericht in den sub II genannten Fällen.

Dieser Vertheilungsvollzug ist auf das Möglichste zu beschleunigen (§§ 177, 178 C.O.); ob er vor der Rechtskraft des bewilligenden oder die Vertheilung anordnenden Bescheides des Concurscommissärs, resp. des Concursgerichtes (§ 180 C.O.) erfolgen dürfe, ist nach § 12 des kais. Pat. vom 9. August 1854 R.G.Bl. No. 208 zu beurtheilen. Im Einzelnen gilt für die vier möglichen Fälle folgendes:

1. geschieht die Vertheilung ohne Vertheilungsentwurf, so beginnt sie nach dem zustimmenden Bescheide des Concurscommissärs;

2. geschieht sie auf Grundlage eines Vertheilungsentwurfes, so erfolgt sie bezüglich jener Posten, hinsichtlich welcher keine Erinnerung eingebracht wurde, nach dem Ablaufe der Frist für die Erinnerungen; zu diesem Zwecke verständigt der Concurscommissär den Masseverwalter von diesem Ergebnisse (§ 179 C.O.);

3. sind Erinnerungen eingebracht, aber durch Einigung der Betheiligten erledigt, so beginnt die Vertheilung der auf diese Posten entfallenden Quote nach der Tagfahrt, und zwar sofort nachdem der Concurscommissär den Masseverwalter von diesem Ergebnisse verständigt hat (§ 179 C.O.);

4. sind Erinnerungen streitig geblieben, (oder ist ein Rechts-

---

30) Kissling S. 265 ff.; Schwarz II S. 435 ff.; Fitting S. 304 ff.; Kohler, Leitfaden d. Concursr. S. 116 ff.

31) Vgl. Gl.U. No. 9921.

32) § 180 C.O. sagt: „die Parteien“.



mittel wegen einer bestimmten Post eingebracht, wenn die Vertheilung ohne Entwurf erfolgt), so werden die auf die streitigen Posten entfallenden Quoten bei Gericht deponirt, wenn die Betheiligten[32]) nicht etwas Anderes einverständlich bestimmen (§ 180 C. O.); die Ausfolgung an diese concurrirenden Gläubiger geschieht dann auf Grundlage der Entscheidung des Concursgerichtes (der Rechtsmittelbehörde) über die Erinnerung.

VI. Ueber den Vollzug jeder Vertheilung erstattet der Masseverwalter dem Concurscommissär Bericht und legt demselben die erhaltenen Quittungen und sonstigen Urkunden bei (§ 184 C. O.). Dieser Bericht kann mit der Rechnungslegung verbunden werden; nur soll die Schlussabrechnung vor der Schlussvertheilung geschehen (§ 187 C. O.).

§ 71. Vergleich.[1])

I. Der Vergleich als Voraussetzung der Concursaufhebung ist als dem Concursgerichte ausgewiesene Vereinbarung des Gemeinschuldners mit sämmtlichen Massegläubigern und den (durch Anmeldung ihrer Ansprüche) concurrirenden Gläubigern über die Art ihrer Befriedigung gedacht (§ 157 C. O.); auch darf an die Stelle der Vereinbarung mit einzelnen der genannten Gläubiger der Ausweis ihrer Vollzahlung und bei bestrittenen Forderungen jener ihrer vollen Sicherstellung treten (§ 157 C. O.). Wie daraus ersichtlich ist, handelt es sich nicht um einen Vergleich über zweifelhafte oder streitige Ansprüche (§ 1380 a. b. Gb.), also nicht um einen Vergleich im Sinne des Privatrechts, sondern um einen „Ausgleich“, d. i. um einen Vertrag oder um Verträge, durch welche Uebereinkommen über die Berichtigung unstreitiger oder streitiger Ansprüche getroffen werden. Die Gleichstellung dieses „Ausgleiches“ mit dem „Vergleiche“ ist demnach eine gesetzliche Fiction,[2]) die vielleicht einem Missverständnisse des Gesetzgebers entsprungen ist, sich aber um der Einfachheit willen empfiehlt, mit welcher durch diese Fiction die Rechtswirkungen des Ausgleiches bestimmt werden können. Die C. O. kann sich nämlich infolge dieser Fiction darauf beschränken, die Rechtswirkungen

---

[1]) Kaserer S. 211 ff.; Kissling S. 242 ff.; Schwarz I S. 237 ff.; II S. 458 ff.; die ung. u. die dtsch. C. O. kennen dieses wenig praktische Institut nicht.

25*

des Ausgleiches[3]) für die Concursaufhebung zu normiren, und enthält gar keine Normen über seine privatrechtlichen Wirkungen.

Vom Zwangsausgleiche unterscheidet sich der Vergleich dadurch, dass der Inhalt des Uebereinkommens bei diesem ganz frei ist, und dass bei ihm nicht wie beim Zwangsausgleiche eine Majorisirung dissentirender Gläubiger stattfindet; auch ist der Vergleich nicht wie der Zwangsausgleich auf den kaufmännischen Concurs beschränkt. Vom „Einverständniss der Gläubiger" in die Concursaufhebung (§ 155 C.O.) scheidet er sich dadurch ab, dass der Inhalt des Uebereinkommens beim Vergleiche dem Concursgerichte zur Kenntniss gebracht wird.

II. Der Thatbestand dieser Voraussetzung einer Concursaufhebung setzt sich aus zwei Momenten zusammen: a) aus dem Uebereinkommen zwischen dem Gemeinschuldner und seinen Masse- und concurrirenden Gläubigern, b) aus der gerichtlichen Bestätigung dieses Uebereinkommens.

a) 1. Der Inhalt dieses Uebereinkommens ist ganz frei. Zwar scheint das Gesetz zu erwarten, dass dasselbe sich an die Vorrechtsordnung halten werde, weil es im § 68 C.O. von der Erwartung spricht, „dass sämmtliche Gläubiger in eine verhältnissmässige Vertheilung der Concursmasse" willigen werden. Aber mit Rücksicht auf die ohnedies geforderte ausdrückliche Zustimmung sämmtlicher Betheiligten ist diese Erwartung nicht zur Voraussetzung seiner Giltigkeit erhoben worden. Darum braucht die Vorrechtsordnung nicht eingehalten zu werden, und es ist nicht erforderlich, dass die Quoten der einzelnen Gläubiger gleich hoch seien. Separatübereinkommen mit einzelnen Gläubigern sind also ohne weiteres giltig; der § 226 C.O. gilt hier nicht.[4]) Der Vergleich ist eben kein Uebereinkommen mit der „Gläubigerschaft", sondern mit allen einzelnen Masse- und concurrirenden Gläubigern. Er setzt sich also aus ebensovielen Verträgen zusammen, als Masse- und concurrirende Gläubiger vorhanden sind, welche nicht voll bezahlt oder für ihre Ansprüche voll „gesetzmässig"[5]) sichergestellt werden; jeder dieser

[2]) A. M. dem Anscheine nach Schwarz I S. 239.

[3]) Im Folgenden ist der gesetzliche terminus „Vergleich" beibehalten.

[4]) Schwarz I S. 238; Gl.U. No. 7483, 13424, 13488; Entsch. v. 21. November 1890 Z. 11791, Jur. Bl. 1891 No. 2; a. M. Nowak IV No. 506.

[5]) Darunter ist nur die Deponirung bei Gericht zu verstehen; § 1373 a. b. Gb. hat nicht statt.



einzelnen Verträge ist unter der Clausel geschlossen, dass der „Vergleich" mit allen Masse- und concurrirenden Gläubigern gesetzmässig zustande komme.

2) Subjecte dieser Uebereinkommen sind einerseits der hier nicht durch den Masseverwalter vertretene (s. S. 117) Gemeinschuldner, andererseits die Masse- und concurrirenden Gläubiger. Da fragt es sich nun, welche Masse- und concurrirenden Gläubiger? Es können ja im Laufe des Concursverfahrens jederzeit neue Massegläubiger und nach § 123 C.O. neue concurrirende Gläubiger auftreten, mit denen das Uebereinkommen nicht geschlossen ist. Hindern diese das Zustandekommen des Vergleiches, resp. muss er nun auch mit ihnen geschlossen werden? Das würde das Zustandekommen des Vergleiches bisweilen verhindern, da die älteren Gläubiger nicht an den Vergleich gebunden sind, wenn er nicht bei der Vergleichstagfahrt zustande kommt (s. 4). Die C.O. schweigt über diesen Fall; die Analogie des Zwangsausgleiches (§ 236 C.O.) versagt, da der Vergleich nicht wie der Zwangsausgleich ein einheitlicher Rechtsact ist und daher keine Handhabe dafür giebt, welche Leistung der Verspätete erhalten solle. Es bleibt somit nur die Analogie des § 186 C.O., nach welcher behufs Schaffung des Thatbestandes des § 157 C.O. der Vergleich nur mit jenen Masse- und concurrirenden Gläubigern geschlossen sein muss, deren Ansprüche bis zur Vergleichstagfahrt bei den Massegläubigern entstanden, resp. bei concurrirenden Gläubigern angemeldet (wenn auch noch nicht geprüft) sind; später auftretende Masse- und concurrirende Gläubiger vermögen dann die gerichtliche Bestätigung des Vergleiches und die Concursaufhebung nicht zu hindern,[6]) müssen sich an den Gemeinschuldner selbst halten, und eventuell die Eröffnung eines neuen Concurses wider ihn beantragen.

3. Die Form des Vergleiches ist in der C.O. nicht ausdrücklich normirt. Sicherlich kann er zu gerichtlichem Protokolle bei der Vergleichstagfahrt abgeschlossen werden. Fraglich ist aber, ob auch sein schriflicher Abschluss (mit allen oder mit einzelnen Gläubigern) zulässig ist? Trotz mancherlei Bedenken ist die Frage zu bejahen,[7]) wobei folgende Erwägungen maassgebend sind: Die C.O. untersagt den schriftlichen Vergleichsabschluss weder mit einzelnen noch mit allen Masse- und concurrirenden Gläubigern. Der Ver-

---

[6]) Vgl. Gl.U. No. 5408.

[7]) Schwarz II S. 460.

gleich wird nicht mit der Gesammtheit der genannten Gläubiger, sondern mit jedem einzelnen geschlossen, und es ist bei der inhaltlichen Unabhängigkeit der einzelnen Verträge von einander kein Grund abzusehen, warum man den einzelnen Gläubiger veranlassen sollte, seine Nachgiebigkeit gerade nur bei der Tagsatzung zu bekunden. Endlich sieht die C.O. selbst voraus, dass einzelne der genannten Gläubiger bei der Vergleichstagfahrt nicht erscheinen würden, und erklärt, dieselben seien als „nicht zustimmend" sicher zu stellen (§ 157 C. O.); d. h. die Präsumtion: qui tacet, consentire videtur, besteht in diesem Falle mit Recht nicht; wenn aber durch Vorlage des schriftlichen Uebereinkommens bewiesen wird, dass der Ausbleibende zugestimmt hat, so wäre es wohl wider den Geist des § 157 C.O., ihn auch in diesem Falle als nicht zustimmend zu behandeln.

4. Die Zeit des Uebereinkommens ist dahin bestimmt, dass es erst nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt abgeschlossen werden dürfe (§ 156 C.O.); das entspricht der Erwägung, dass es erst in diesem Zeitpunkte geprüfte Forderungen giebt, und dass jetzt der Kreis der concurrirenden Gläubiger einigermaassen feststehe. Nach diesem Zeitpunkte kann der Vergleichsversuch jederzeit begonnen werden, bis die Schlussvertheilung vollendet ist; auch können während dieses Zeitraums mehrere Vergleichsversuche gemacht werden. Für jeden einzelnen dieser Versuche bildet die Vergleichstagfahrt den Abschluss; sind in diesem Zeitpunkte nicht alle Zustimmungen vorhanden, oder die Ansprüche der nicht Zustimmenden nicht bezahlt, resp. im Streitfalle nicht sichergestellt, so ist dieser Vergleich gescheitert. Sind mit einzelnen Gläubigern schriftliche Verträge abgeschlossen, so binden sie die Betreffenden nur bis zum Ende der Vergleichstagfahrt,[8]) da es nicht angeht, die schriftlich einem bestimmten Vergleiche Zustimmenden schlechter zu stellen und länger an ihr Wort zu binden, als jene, welche ihre Zusage bei der Vergleichstagfahrt selbst gegeben haben.[9])

b) Die gerichtliche Bestätigung des Vergleiches ist in seinem Haupttheile ein declarativer Act des Concursgerichtes (§ 158 C.O.). Das Concursgericht hat weder den Inhalt des Vergleiches oder der einzelnen Uebereinkommen, noch die Angemessenheit derselben, noch die Würdigkeit des Gemeinschuldners zu

---

[8]) Vgl. Gl.U. No. 3971.

[9]) A. M. Schwarz II S. 460.

prüfen, sondern lediglich die Regelmässigkeit des Verfahrens und die Frage, ob alle obgenannten Gläubiger dem Vergleiche zugestimmt haben, oder ob die nicht Zustimmenden bezahlt, oder im Streitfalle gesetzmässig sichergestellt sind. Sind diese Fragen zu bejahen, und ist das Vergleichsverfahren regelmässig verlaufen, so ist es die Amtspflicht des Concursgerichtes, den Vergleich zu bestätigen. Trotz dieser Inhaltlosigkeit der gerichtlichen Bestätigung ist dieselbe, weil ein sinnfälliges Moment, zu einem nothwendigen Elemente des Vergleiches im Concurse gemacht (§ 158 C.O.); wird die gerichtliche Bestätigung (wenn auch mit Unrecht) versagt, so ist also der Vergleich hinfällig.

Mit diesem declarativen Haupttheile geht jedoch ein constitutives Decret des Concursgerichtes in jenen Fällen zusammen, in denen zufolge des Vergleichs Sicherstellungen geleistet werden; das Concursgericht setzt nämlich den Gläubigern, deren Ansprüche sichergestellt werden, eine Frist zur Einklagung ihrer Ansprüche, verändert somit infolge des Vergleiches ihren Rechtsschutzanspruch. Wird die Klagefrist versäumt, so werden die Sicherstellungsbeträge frei, eventuell nach dem Inhalte des Vergleichs verwendet (§ 157 al. 2 C.O., s. unten IV).

III. Mehr als mit dem Thatbestande des Vergleiches beschäftigt sich die C.O. mit dem Vergleichsverfahren.

Wenn „Aussicht auf die Beendigung des Concurses durch Vergleich“ ist, so ist das Verfahren entweder von Amtswegen oder auf Antrag, sei es bei der Concurseröffnung, sei es später anzuordnen (§ 156 C.O.); als Beispiele der Gründe für die Einleitung des Vergleichsverfahrens nennt die C.O. die Geringfügigkeit der Activmasse, ihre leichte Veräusserlichkeit, ihre zweifellose Erschöpfung durch die mit einem zweifellosen Vorrechte versehenen Forderungen (§ 68 C.O.).

Die Einleitung des Verfahrens geschieht durch die Anordnung einer Vergleichstagfahrt, welche frühestens sich unmittelbar an die allgemeine Liquidirungstagfahrt anschliessen darf (§§ 68, 156 C.O.). Geschieht die Anordnung der Tagfahrt gleich bei der Concurseröffnung, so erfolgt die Verständigung der Betheiligten durch das Concursedict (§ 68 C.O.); erfolgt die Anordnung später, so werden die Betheiligten persönlich verständigt[10]) (§ 156 C.O.). Als Betheiligte sind anzusehen: der Gemeinschuldner und alle

[10]) Ueber die Rechtswirkung s. § 254 C.O. u. S. 37f.

Masse- und concurrirenden Gläubiger (IIa 2). Der Masseverwalter ist kein Betheiligter; darum ist seine Vorladung zur Vergleichstagfahrt nicht vorgeschrieben (§ 156 C. O.); sie ist aber zweckmässig, und nach § 80 C. O. kann das Erscheinen des vorgeladenen Masseverwalters bei der Tagfahrt sogar erzwungen werden. Wider die Gläubiger und wider den Gemeinschuldner dagegen darf kein Gerichtszwang zum Zwecke des Erscheinens bei der Vergleichstagfahrt geübt werden; bleibt ein Gläubiger aus, ohne dass seine Zustimmung zu einem bestimmten Vergleiche urkundlich nachgewiesen werden kann, oder bleibt der Gemeinschuldner[11]) aus, so ist der Vergleich gescheitert.

Bei der Tagfahrt bemüht sich der Concurscommissär, einen verhältnissmässigen Vergleich zu Stande zu bringen. Die Erstreckung der Vergleichstagfahrt ist nicht vorgesehen, und eine erstreckte Vergleichstagfahrt ist als eine neue anzusehen, weil auch bei ihr alle Betheiligten anwesend sein müssen. Schriftliche Vergleiche binden für diese erstreckte Tagfahrt nicht, da ihre Kraft mit dem Ende der ersten Tagfahrt erloschen ist.

Zur Beurkundung der Verhandlung ist ein Protokoll aufzunehmen, in welches die Formalien des Verfahrens, dagegen nach § 158 C. O. nicht der gesammte Inhalt der Verhandlungen, sondern nur ihre Resultate aufzunehmen sind, also entweder, dass der Vergleich gescheitert, oder dass er, und mit welchem Inhalte er gelungen sei.

Das weitere Verfahren ist nach dem Resultate der Vergleichstagfahrt verschieden. Ist der Vergleich misslungen, so verständigt der Concurscommissär hiervon den Masseverwalter behufs Fortsetzung der Concursverfahrens. Ist der Vergleich nach Ansicht des Concurscommissärs gelungen, oder ist dies dem Concurscommissär zweifelhaft, so legt er das Protokoll der Vergleichstagfahrt sammt allen Belegen (insbesondere jenen über die mit einzelnen Gläubigern etwa schriftlich abgeschlossenen Verträge) dem Concursgerichte vor. Das Concursgericht entscheidet dann mit Bescheid (s. IIb).

IV. Die Wirkung des Vergleichs im Concurse ist die, dass durch ihn eine Voraussetzung der Concursaufhebung gegeben ist, und dass demnach (insoferne der Vergleich nicht selbst anders bestimmt) die

[11]) Das Gesetz sagt es nicht ausdrücklich, es ergiebt sich jedoch aus dem Wesen des Vergleichs; a. M. Schwarz II S. 460.



Concursaufhebung zu erfolgen hat (§ 158 C. O.). Protocollirte Kaufleute treten damit auch in den Genuss des im § 246 C. O. genannten Rechtes zur Firmenführung.[12]) Die privatrechtliche Wirkung des Vergleichs ist gleich jener eines Urtheiles, schneidet daher künftige Processe über die dem Vergleiche zugrundeliegenden Ansprüche völlig ab; eine Ausnahme hiervon liegt nur dann vor, wenn der Process im Vergleiche vorbehalten wurde (§ 157 al. 2 C. O.). Diese privatrechtliche Wirkung beschränkt sich natürlicherweise auf die Betheiligten und trifft demnach dem Vergleiche nicht zugezogene Masse- und concurrirende Gläubiger ebensowenig, wie Bürgen und Pfandschuldner. Auch verlieren Gläubiger, für deren bestrittene Ansprüche Sicherstellung geleistet wurde, ihren Anspruch an den Gemeinschuldner durch Versäumung der im § 157 Abs. 2 C. O. normirten Klagfrist nicht; nur die Sicherstellung wird frei (s. II b).

Der geschlossene Vergleich wird — von entgegenstehender Vereinbarung abgesehen — ebensowenig wie ein anderer privatrechtlicher Vertrag dadurch hinfällig, dass er nicht erfüllt wird (§ 919 a. b. Gb.). Seine Ungiltigkeit kann nur aus den Gründen behauptet werden, welche die Ungiltigkeit eines privatrechtlichen Vergleiches herbeiführen würden;[13]) diese Ungiltigkeit kann sowohl im Rechtsmittelzuge als mit Klage geltend gemacht werden.

V. Der Vollzug des Vergleiches richtet sich nach seinem Inhalte, der auch bestimmt, ob die Erfüllung des Anspruches vor oder nach der Concursaufhebung zu erfolgen hat.

§ 72. Der Zwangsausgleich.[1])

I. Der Zwangsausgleich ist im kaufmännischen Concurse (und nur in diesem) zwar nicht für sich allein, aber in Verbindung mit anderen Momenten (s. unten VIII 2) eine Voraussetzung der Concursaufhebung.

Die Einführung dieses Institutes empfahl sich, weil der Vergleich zwischen dem Gemeinschuldner und allen seinen Gläubigern derart schwer zustande zu bringen ist, dass er als eine regelmässige Art

---

[12]) Arg. a maiore ad minus aus § 253 C. O.

[13]) Hasenöhrl, Oesterr. Obligationenr. II S. 303 ff., insb. S. 308 ff.; Gl. U. No. 8964.

[1]) Kaserer S. 245 ff.; Kissling S. 299 ff.; Schwarz I S. 240 ff.; II S. 463 ff.; Frankl, Zur Revision des österr. Concursr. S. 114 ff.; Ofner,



der Concursbeendigung nicht in's Auge gefasst werden konnte. Hielt man es für gut und als im Interesse der Gläubiger und des Gemeinschuldners gelegen, dass die Gläubiger gegen Zahlung einer Quote auf den Rest ihrer Forderungen verzichten oder ihre Forderungen stunden, und hierdurch dem Gemeinschuldner die Möglichkeit geben, seine wirthschaftliche Existenz neu zu begründen (S. 34 f.), so musste dies auf einem anderen Wege als dem des Vergleiches versucht werden. Die frühere Rechtsentwickelung und Gesetzgebung boten hiefür mehrere Mittel. Anknüpfend an zwei Specialvorschriften des römischen Rechtes über den erzwungenen Nachlass bei überschuldeter Erbschaft, famae defuncti conservandae gratia,[2]) und über die freiwillige cessio bonorum (s. S. 4) hatte das gemeine Recht in verschiedenen Formen Zwangsausgleiche und Moratorien bald zur Abwendung des drohenden, bald zur Abthuung des bereits eröffneten Concurses normirt, die ältere österreichische Gesetzgebung in verschiedenen Gesetzen[3]) diese Einrichtungen übernommen. Die josefinische Gesetzgebung[4]) schränkte diese Vortheile dem Gemeinschuldner wesentlich ein; denn sie hat von diesen Mitteln das Moratorium fallen lassen, und die cessio bonorum dahin beschränkt, dass der ohne sein Verschulden zahlungsunfähig gewordene Schuldner lediglich des Personalarrestes ledig wurde, und dass ihm der nöthige Unterhalt blieb (also Wohlthaten, welche zum grossen Theile heute jedem Gemeinschuldner gewährt sind); den Nachlassvertrag kennt die G.O. nur in der ziemlich werthlosen Form, dass ein Dritter an Stelle des Schuldners den dem Letzteren erlassenen Schuldenrest zu zahlen sich verpflichtet.

Wie auf S. 8 f. dargestellt wurde, trat die Reaction gegen

Zur Lehre vom Zwangsvergleiche (Jur.Bl. 1893 S. 293f.); aus der gemeinr. Literatur: Schweppe, Syst. des Concursr. S. 38 ff.; aus der deutsch. Lit.: A. S. Schultze, d. dtsch. Concursr. S. 113 ff.; Kohler, Lehrb. S. 452 ff.; Oetker, Concursr. Fragen S. 35 ff.; Concursr. Grundb. I S. 452 ff.; Löhr, Ueber die rechtl. Natur d. Zwangsvergl. (Ztsch. f. dtsch. Civilpr. XVI S. 335 ff.); Ciuntu, der Zwangsvergl. im Concurse, der auf S. 7 ff. eine Uebersicht der geschichtlichen Entwickelung giebt; Felix Wach, der Zwangsvergl.; §. 199 ff. ung. C.O., § 160 ff. dtsche. C.O.

[2]) L. 23 D. 42; l. 17 D. 2, 14.

[3]) S. die von Kaserer S. 246 ff. angeführten Wechselordnungen v. 1717, 1722 und die Fallitenordnung v. 1734; Haimerl in seiner Vierteljahresschrift X S. 180 f.

[4]) §§ 353–370 A.G.O.; Nippel, Erläut. II S. 333 ff.

diese Grundsätze im Jahre 1859 ein, indem durch Verordnungen vom 18. Mai 1859 R.G.Bl. No. 90 und vom 15. Juni 1859 R.G.Bl. No. 108, dann durch Gesetz vom 17. December 1862 R.G.Bl. No. 18[5]) für protokollirte Handels- und Gewerbeleute und Fabrikanten ein Vergleichsverfahren bei Zahlungseinstellungen eingeführt wurde. Dieses Verfahren präsentirte sich als ein Mittel zur Abwendung der Concurse, bewährte sich aber derart schlecht, dass trotz des Vorbildes der preussischen C.O. der Entwurf der C.O. schon alle Moratorien und Ausgleiche zur Abwendung der Concurse wegfallen liess, und den Zwangsausgleich nur mehr zur Abthuung bereits eröffneter Concurse und nur bei kaufmännischen Concursen vorschlug. Selbst diese Regelung des Zwangsausgleiches wurde von einer starken Minorität des Ausschusses des Abgeordnetenhauses perhorrescirt, weil der Zwangsausgleich demoralisirend wirke. Das Abgeordnetenhaus entschied aber mit der Mehrheit seines Ausschusses für die Normirung eines Zwangsausgleiches zur Abthuung kaufmännischer Concurse; dagegen blieben die Moratorien und Nachlassverträge zur Abwendung von Concurseröffnungen im Sinne des Regierungsentwurfes aufgehoben[6]) (Art. I E.G.).

II. Der gesetzgeberische Grundgedanke für die Zulassung eines Zwangsausgleiches ist, dass derselbe im Interesse der Gläubiger und des Gemeinschuldners liege, wenn dieses Interesse von Seiten des Gemeinschuldners durch seinen Antrag, von Seiten der Gläubiger durch die Zustimmung ihrer Mehrheit bekundet werde. An diesem Gedanken hat das positive Recht im Interesse des Zustandekommens von Zwangsausgleichen allerdings nicht vollständig festhalten können, insoweit die Gläubigermehrheit in Frage kommt (s. unten Vb). So besteht nach der C. O. der Zwangsausgleich darin, dass in kaufmännischen Concursen ein vom Gemeinschuldner (nicht mit der Mehrheit aller Gläubiger, sondern) mit der im Gesetze bestimmten Mehrheit der stimmberechtigten concurrirenden Gläubiger getroffenes Uebereinkommen über die theilweise Befriedigung aller concurrirenden Gläubiger dann, wenn es vom Concursgerichte bestätigt wird, alle concurrirenden (und fast alle Concurs-)Gläubiger bindet, also sowohl die zustimmenden, als auch

[5]) Literatur s. bei § 4.

[6]) S. die instructive Erzählung bei Kaserer S. 250 g. Jetzt giebt es nach § 42 Z. 6 E.O. wieder etwas dem Moratorium Aehnliches.



die dissentirenden, als auch die schweigenden. Damit ist auch schon der wesentliche Unterschied des Zwangsausgleiches vom privatrechtlichen Vergleiche und vom Vergleiche der C.O. gegeben. Derselbe besteht darin, dass der vom Concursgerichte genehmigte Zwangsausgleich eine Anzahl Gläubiger (nicht einmal nothwendigerweise nur die Minderheit derselben, s. unten V) an ein Uebereinkommen bindet, dem sie nicht zugestimmt haben. Diese Eigenthümlichkeit hat die verschiedensten Theorien hervorgerufen.

a) Hie und da erklären Autoren sie für unconstruirbar und den Zwangsausgleich für einen unzulässigen Eingriff in erworbene Privatrechte.[7]) Das Letztere ist nur ein (überdies ungerechtfertigtes) Argument de lege ferenda; aber auch der Verzicht auf die Construction ist unzulässig.

b) Die herrschende Lehre[8]) kann als Vertragstheorie bezeichnet werden. Sie hält den Zwangsausgleich, wenn auch gerade nicht immer für einen Vergleich, so doch für einen Vertrag; dass die Minderheit der persönlichen Gläubiger an diesen Vertrag entgegen den Grundsätzen des Privatrechtes gebunden ist, erklärte die gemeinrechtliche Lehre durch eine fingirte oder eine gesetzliche Vollmacht der Majorität; die neue deutsche Theorie bezieht sich zur Erklärung dieser Bindung der Minorität an einen Vertrag, den die Majorität der Gläubiger mit dem Gemeinschuldner geschlossen hat, regelmässig[9]) auf den Begriff der Gläubigerschaft. Die gemeinrechtliche Theorie ist längst als doctrinelle Fiction erkannt und verworfen; die Minorität drückt ja ihren Willen, nicht durch die Majorität vertreten zu werden, allzudeutlich aus, und bei den nicht concurrirenden Concursgläubigern kann von einer solchen Vertretung schon gar keine Rede sein. Aber auch die neue deutsche Lehre genügt nicht. Denn sie nimmt vor Allem eine nicht existirende

---

[7]) Kaserer S. 245; Völderndorff, Comm. zur dtsch. C.O. S. 526ff.; die Minorität des Ausschusses des österr. Abgeordnetenhauses, bei Kaserer S. 250 ff.

[8]) v. Canstein in Grünhut's Ztschr. IX. S. 463, 490; Bayer, Concursr. § 39; Petersen-Kleinfeller Comm. S. 488f.; Kohler, Lehrb. S. 452ff.; Wach, Handb. I, § 6 Anm. 21; Ciuntu a. a. O. S. 49 ff.

[9]) Endemann, Concursr. S. 585; v. Canstein a. a. O.; Fitting § 45; Dernburg, Preuss. Privatr. II § 124; Felix Wach, S. 77 ff,; a. M. Kohler, S. 452, welcher die Bindung der Minorität aus der Natur des Zwangsvergleichs als eines processualen Vertrages erklärt.



Gläubigergemeinschaft an (s. § 47); und selbst wenn diese Gläubigergemeinschaft bestünde, könnte sie die angefochtene Theorie nicht stützen, weil die Gläubigerschaft nur die Rechte im Interesse Aller, nicht auch die iura singulorum wahren dürfte, beim Zwangsausgleiche aber nur iura singulorum in Betracht kommen;[10]) sie steht endlich im Widerspruche mit § 215 Abs. 2 C. O. Die Vertragstheorie lässt also die auffällige Erscheinung der Bindung der stimmberechtigten Minorität an einen von ihr nicht geschlossenen, ja abgelehnten Vertrag, und ebenso jene Erscheinung unerklärt, dass die Gläubiger an ihre abgegebene Zustimmungserklärung nicht wie bei einem Vertrage gebunden sind.

Die Vertragstheorie übersieht endlich auch das legislativ für ihre Begründung der Vertretung der Minderheit durch die Mehrheit wichtigste Moment, dass die zustimmenden Gläubiger durchaus nicht die Majorität aller durch den Zwangsausgleich getroffenen Gläubiger darstellen müssen; die C.O. sorgt ja im § 217 nur dafür, dass die Mehrheit der stimmberechtigten concurrirenden Gläubiger dem Zwangsausgleiche zustimmen, schliesst dagegen die nicht stimmberechtigten concurrirenden Gläubiger und die nicht concurrirenden Concursgläubiger von ihrer Majoritätsrechnung aus (§ 236 C. O.). Oder mit anderen Worten: die Summe der Gläubiger, nach welcher die für den Ausgleich nöthige Majorität berechnet wird, ist nicht gleich der Summe der vom Zwangsausgleiche getroffenen Gläubiger; sie kann sowohl grösser als auch kleiner sein als diese, und die nach § 217 C. O. berechnete, dem Zwangsausgleiche zustimmende Majorität der Gläubiger kann in Wahrheit die Minderheit der dem Zwangsausgleiche Unterworfenen darstellen (s. Vb). Das widerspricht doch der Theorie, dass die Minderheit durch die Mehrheit sich vertreten lassen müsse.

c) Darum abstrahirt die Urtheilstheorie[11]) ganz vom Vertragsbegriffe. In der Fassung, welche ihr Begründer A. S. Schultze ihr gegeben, lehrt sie: der Zwangsausgleich sei kein Vergleich, überhaupt kein Vertrag, sondern ein richterliches Urtheil, welches den Concursanspruch unter den von dem Urtheile selbst festgesetzten Modalitäten aufhebe. Diese Theorie vermeidet den schwachen

[10]) Vgl. die anklingenden Bemerkungen von Löhr a. a. O. S. 349f.

[11]) A. S. Schultze, das dtsche. Concursr. S. 120ff.; Wilmowski, Comm. zur C.O. S. 425ff.; Schwarz I S. 241, welcher sich allerdings nicht über die Natur der „gerichtlichen Entscheidung" ausspricht.



Punkt der Vertragstheorien mit Geschick, indem sie die Bindung der nicht consentirenden Gläubiger an den Ausgleich nicht durch den Vertragsabschluss ihrer Majorität mit dem Gemeinschuldner, sondern durch die allen Gläubigern übergeordnete Staatsgewalt erklärt. Aber auch diese Theorie muss abgelehnt werden, weil der Concurs nicht zum Civilprocesse gehört; weil zwischen den consentirenden und dissentirenden Gläubigern kein durch Urtheil zu erledigender Streit besteht; weil der bestätigende gerichtliche Bescheid sich auch gar nicht auf die Fälle beschränkt, in denen ein solcher dissensus besteht, sondern bei jedem Zwangsausgleiche erforderlich ist; endlich weil die Erledigung des „Concursanspruches" (s. S. 190) nicht durch den den Zwangsausgleich bestätigenden gerichtlichen Bescheid, sondern erst durch den Concursaufhebungsbescheid erfolgt (s. VIII 2). Der Hauptmangel der Schultze'schen Lehre ist ihr willkürlicher Urtheilsbegriff.

d) Die kritische Seite der Schultze'schen Theorie war ungleich gelungener als ihre positive. Sie bewirkte denn auch neue Constructionsversuche. Löhr[12]) hielt zwar am Vertragsbegriffe für die consentirenden Gläubiger fest, liess ihn aber für die dissentirenden Gläubiger — die nicht stimmberechtigten und die nicht concurrirenden beachtete er nicht — gänzlich fallen und setzte an seine Stelle für diese dissentirenden (nicht das richterliche Urtheil, wohl aber) die gesetzliche Norm: die Gläubiger, welche dem Zwangsausgleiche nicht zustimmen, sind an denselben kraft Rechtssatzes gebunden. Der Mangel dieser Theorie liegt darin, dass sie den einheitlichen Zwangsausgleich in Theile auflöst, und für die zustimmenden Gläubiger eine andere Construction gibt (die des Vertrages) als für die dissentirenden, obwohl der Zwangsausgleich doch ein einheitlicher Act ist; weiters, dass die Erklärung der Bindung der Nicht-Zustimmenden an den Zwangsausgleich durch Rechtsnorm zwar richtig ist, aber keinen Einblick in das Wesen des Zwangsausgleichs gewährt, auch ebensogut auf die Zustimmeuden als auf die Nichtzustimmenden passt.

e) Diese ungerechtfertigte Ungleichmässigkeit vermeidet Oetker,[13]) indem er den Zwangsausgleich wieder als ein für

---

[12]) Löhr, Ueber die rechtl. Natur des Zwangsvergleiches (Ztschr. f. dtsch. Civilpr. XVI S. 335ff.; insbes. S. 387ff.).

[13]) Oetker, Concursr. Fragen: 2. Zwangsvergl. und Wiederaufnahme des Verfahrens (in Festschr. d. Rostocker Juristenfacultät für Wind-

alle Betheiligten einheitliches Rechtsgeschäft mit einem aus den folgenden drei Momenten zusammengesetzten Thatbestande erklärt: Offerte des Gemeinschuldners, Zustimmungsbeschluss der Gläubigerversammlung, Bestätigung des Concursgerichts. Oetker erklärt, wie man sieht, den Zwangsausgleich für ein Rechtsgeschäft sui generis; das ist an sich nicht unbedenklich, noch bedenklicher aber ist die Gleichwerthung der drei Thatbestandsmomente des Zwangsausgleiches.

III. Der Zwangsausgleich ist, wie mit Oetker die herrschende Lehre annimmt, ein für alle Betheiligten einheitlicher Rechtsact (§ 242 al. 3 C.O.) und setzt sich aus den drei Momenten zusammen, welche soeben genannt wurden; ehe man jedoch mit Oetker auf dieser Grundlage ein Rechtsgeschäft sui generis annimmt und damit auf die Einreihung des Zwangsausgleiches in eine der bestehenden Categorien verzichtet, muss man prüfen, ob alle drei Thatbestandsmomente von gleicher juristischer Bedeutung für den Zwangsausgleich sind. Ergiebt sich eine verneinende Antwort, so hat sich die Construction der rechtlich minder relevanten oder irrelevanten Momente zu entledigen.

Der Standpunkt für diese Prüfung ist die rechtliche Wirksamkeit der einzelnen Momente. Da ergiebt sich denn, dass von den drei Thatbestandsmomenten die zwei ersten (Offerte des Gemeinschuldners, Zustimmungsbeschluss der Gläubigerversammlung) nur Voraussetzungen für das dritte Moment, die gerichtliche Bestätigung sind. Die Rechtswirkungen des Zwangsausgleiches sind im § 233 C.O. ausschliesslich an die gerichtliche Bestätigung, an den Bestätigungsbeschluss des Gerichtes geknüpft, und zwar wie aus §§ 230 und 232 C.O. sich ergiebt, an die rechtskräftige gerichtliche Bestätigung (s. über die Ausnahmen unter X u. XII). Die Offerte des Gemeinschuldners und der Zustimmungsbeschluss der Gläubiger sind etwa den Anträgen zweier Prozessparteien zu vergleichen; so wie nun das Civilurtheil diese Anträge absorbirt und in seinen Wirkungen trotz des ungenau textirten § 411 C.P.O. von diesen Anträgen unabhängig ist, ebenso macht § 233 C.O. (mit den sub X und XII erörterten Ausnahmen) den Zwangsausgleich von seinen Voraussetzungen unabhängig.[13a]) Er soll wohl

---

scheid S. 44 ff.); ihm hat sich Frankl, Concurs des offenen Handelsges. S. 66 angeschlossen.

[13a]) So auch Kohler, Lehrb. S. 460, 476.



nur zum Leben gelangen, wenn die zwei erstgenannten Thatbestandsmomente vorhanden sind; aber dieselben Gründe, welche die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidungen von der Richtigkeit der Entscheidung unabhängig machen, lösen den rechtskräftig bestätigten Zwangsausgleich von seinen Voraussetzungen ab: die Erfordernisse der nur auf sinnfällige Momente aufzubauenden Rechtssicherheit. Ein bestätigter Zwangsausgleich ist selbständig und giltig, mögen auch seine Voraussetzungen (mit Ausnahme der sub X dargestellten) fehlen. Er ist z. B. giltig, trotzdem die Vorrechtsordnung verletzt ist, oder trotzdem bei der Berechnung der Majorität nach § 217 C.O. ein Irrthum unterlaufen ist. Andererseits benimmt auch die (wenn auch ungerechtfertigte) rechtskräftige Versagung der gerichtlichen Bestätigung dem vorangegangenen Antrage und Zustimmungsbeschlusse jede Rechtswirkung.

Damit ist die Grundlage für die Construction gegeben. Der gerichtlich bestätigte Zwangsausgleich ist (zwar kein Civilurtheil, aber) eine gerichtliche Entscheidung des Verfahrens ausser Streitsachen[14]), durch welche der Gemeinschuldner berechtigt wird, seine Verpflichtungen wider seine concurrirenden und Concursgläubiger lediglich nach dem Inhalte des Zwangsausgleiches zu erfüllen (§ 233 C.O.). Es ist hiebei gleichgiltig, dass das Gericht den Zwangsausgleich nur in toto bestätigen oder verwerfen, ihn aber nicht abändern darf, und dass es (anders wie im deutschen Rechte) in Oesterreich seiner Entscheidung nicht die Frage der Zweckmässigkeit des Ausgleichs zugrunde legen darf (§ 228 C.O.).

Im Folgenden sind nun die Voraussetzungen und Wirkungen dieser gerichtlichen Entscheidung darzustellen. Zu diesem Zwecke werden zuerst die beim Zwangsausgleiche in Betracht kommenden Personen (der Gemeinschuldner, die Gläubiger, das Concursgericht) und ihre Befugnisse, sodann das Verfahren des Zwangsausgleiches, weiters seine Wirkungen, endlich seine Aufhebung behandeit.

---

[14]) Vgl. Kohler S. 460.; Trutter, Oesterr. Civilprocessr. S. 14 bestreitet den Entscheidungen dieses Verfahrens mit Unrecht allgemein die Fähigkeit zur materiellen Rechtskraft; vgl. dagegen § 18 des kais. Pat. v. 9. August 1854 R.G.Bl. No. 208; eine Mittelmeinung vertritt v. Canstein, Lehrb. d. Civilprocessr. I S. 27.

IV. Der Gemeinschuldner. 1) Nicht jeder Gemeinschuldner ist berechtigt, den Antrag auf Abschluss eines Zwangsausgleiches zu stellen. Zwar spielt der Unterschied zwischen physischen und juristischen Personen (z. B. Actiengesellschaften)[15]) hier keine Rolle. Aber es erscheinen Gemeinschuldner zur Offerte nicht berechtigt, über deren Vermögen nicht der kaufmännische Concurs eröffnet wird (§ 207 C.O.); denn nur in einem solchen Concurse ist ein Zwangsausgleich zulässig. Da jedoch das Gesetz eine besondere Eröffnung des kaufmännischen Concurses nicht kennt (S. 48) und auch nirgends dem Umstande eine entscheidende Bedeutung beilegt, ob ein Landes- (oder Kreis-) gericht oder ein Handelsgericht oder der mit der Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit betraute Senat eines Landes- oder Kreisgerichtes den Concurs eröffnet hat, so entscheidet die Qualität des Gemeinschuldners über die Frage, ob ein Concurs durch Zwangsausgleich beendet werden dürfe, ob also ein Gemeinschuldner zur entsprechenden Antragstellung berechtigt sei. Jener Gemeinschuldner, über dessen Vermögen der kaufmännische Concurs eröffnet werden soll, ist somit hiezu legitimirt. Der Kreis der hierher gehörigen Personen ist im § 13 III beschrieben; danach sind zur Antragstellung berechtigt protokollirte Kaufleute, protokollirte Handelsgesellschaften (durch alle persönlich haftenden Gesellschafter, § 238 C. O.), und die persönlich haftenden Gesellschafter von solchen dann, wenn auch über die Gesellschaft Concurs eröffnet ist (§ 240 C. O.); dagegen ist nach § 52 Gen. Ges. im Concurse der registrirten Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften ein Zwangsausgleich unzulässig.

Diesen Kreis der an sich zur Antragstellung legitimirten Gemeinschuldner verengert § 208 C.O. noch in der Erwägung, dass der Zwangsausgleich hauptsächlich dem Gemeinschuldner zum Vortheile gereiche, und dass darum nur würdige Gemeinschuldner desselben theilhaftig werden sollen. Doch ist diese Erwägung nur ein

---

[15]) Frankl, Ueber die Zulässigkeit eines Zwangsausgleiches im Concurse einer Actiengesellschaft (Jur. Vtljsch. 1888 S. 18 ff.); Robitschek, Kann der Concurs über das Vermögen einer Actiengesellschaft und jener über eine erblose Verlassenschaft durch Zwangsausgleich beendet werden (Mittheil. der Prager dtsch. Jur. Ver. X S. 87 ff.); Schwarz I S. 243; v. Canstein, Lehrb. d. Handelsr. I S. 603; a. M. Adler-Clemens No. 685.

gesetzgeberisches Motiv geblieben, welches eine einschränkende oder ausdehnende Interpretation der einzelnen Vorschriften des § 208 C.O. schon deshalb nicht gestattet, weil sich gar nicht alle Gründe des § 208 C.O. mit Erfolg auf dieses (übrigens recht alte) Motiv zurückführen lassen, und weil man überdies bei Gemeinschuldnern, welche juristische Personen sind, von einer „Würdigkeit“ kaum sprechen kann.

Zur Antragstellung nach § 208 C.O. ist jener Gemeinschuldner nicht berechtigt, bei welchem auch nur eine der folgenden Bestimmungen zutrifft, also

a) dessen (Einzel- oder Gesellschafts-) Firma nicht wenigstens durch zwei Jahre vor der Concurseröffnung in einem Handelsregister so, wie sie bei der Concurseröffnung lautet, eingetragen war.[16]) Die Firma darf also während dieser Zeit nicht (z. B. durch Eintritt eines Gesellschafters)[17]) geändert worden sein; auch genügt es nicht, wenn der Gemeinschuldner innerhalb dieser zweijährigen Frist eine bereits bestehende Firma übernommen hat.

b) der schon einmal im Concurs- oder Ausgleichsverfahren sich befand,[18]) u. z., da das Gesetz nicht unterscheidet, ohne Rücksicht darauf, wie dieses frühere Concurs- oder Ausgleichsverfahren beendet wurde (z. B. durch Nichtigkeitserklärung des Zwangsausgleiches, § 243 C.O.). Ist ein persönlich haftender Gesellschafter einer protokollirten Handelsgesellschaft im Concurs- oder Ausgleichsverfahren gewesen, so ist zwar im Concurse über das Privatvermögen der anderen Gesellschafter (§ 240 C.O.), nicht aber im Gesellschaftsconcurs ein Zwangsausgleich zulässig.[19])

c) der sich Schulden halber auf flüchtigem Fusse befindet; besteht dieser Umstand nur bei einem persönlich haftenden Gesellschafter einer protokollirten Handelsgesellschaft, so kann zwar nicht im Gesellschaftsconcurse, wohl aber im Concurse über das Privatvermögen des anderen persönlich haftenden Gesellschafters von diesem Letzteren der Antrag auf Abschluss eines Zwangsausgleiches gestellt werden (§ 240 C.O.).

d) der wegen eines Verbrechens aus Gewinnsucht (nicht bloss des Betruges nach § 199 ff. Str. G.) oder wegen des Vergehens der

---

[16]) Vgl. Gl.U. No. 5578; Frankl, Concurs der off. Handelsg. S. 67 ff.

[17]) Gl.U. No. 8169.

[18]) Ullmann in Mitth. d. Prager dtsch. Jur. Ver. I S. 27.

[19]) Uebereinstimmend für den Gesellschaftsconcurs Kissling S. 203.



schuldbaren Crida nach § 486 lit g. St. G.[20]) „angeschuldigt" ist, d. h. wider den wegen dieser Delicte Vorerhebungen oder eine Voruntersuchung eingeleitet oder eine Anklage erhoben wurde, oder der wegen dieser Delicte verurtheilt wurde; wird das Strafverfahren eingestellt[21]) oder erfolgt ein Freispruch von der Anklage (sei es auch wegen Verjährung), so ist der Gemeinschuldner zur Antragstellung wieder legitimirt.[22])

e) der keine oder so mangelhafte Handelsbücher geführt hat, dass seine Activen und Passiven trotz der Erhebungen im Concurse nicht mit Verlässlichkeit beurtheilt werden können;[23]) dieses Moment der mangelhaft geführten Handelsbücher ist nicht von einer strafgerichtlichen Verurtheilung nach § 486 lit. c St. G. abhängig, sondern ist vom Concursgerichte selbständig zu prüfen.[24]) Es fällt auch fort, wenn trotz dieser Mängel, ja sogar trotz einer strafgerichtlichtlichen Verurtheilung nach § 486c St.G. der Activ- und Passivstand (sei es auch auf Grundlage anderweitiger Ermittlungen) zuverlässig beurtheilt werden kann. Der persönlich haftende Gesellschafter bleibt zur Antragstellung im Concurse über sein Privatvermögen überdies berechtigt, auch wenn im Gesellschaftsconcurse ein solcher Antrag wegen der schlechten Führung der Handelsbücher der Gesellschaft nicht gestellt werden darf.[25])

f) der die Vorlegung des Vermögens- und Schuldenverzeichnisses oder die verlangte Ablegung des Eides darüber verweigert (§§ 96, 97, 196 C. O.). Die Einlegung der Beschwerde wider den Auftrag zur Eidesleistung (§ 97 C. O.) ist keine Eidesverweigerung; dagegen wird der Gemeinschuldner zur Stellung des Ausgleichs-

---

[20]) Die andern Fälle des § 486 St. G. sind im § 208 C. O. lit. a, b, e und f zum Theile getroffen. Vgl. Just. M. Erl. v. 20. Juli 1870 Z. 7590 (bei Kissling S. 337).

[21]) Geschieht dies, weil der Gemeinschuldner flüchtig ist, so tritt § 208 lit. c C.O. ein.

[22]) Die hier wiedergegebene lit. d des § 208 C.O. ist sehr unglücklich textirt, hat z. B. an die Einstellung einer Voruntersuchung wegen Mangels eines strafbaren Thatbestandes, andererseits an die Möglichkeit einer Voruntersuchung wegen des im § 486 St. G. normirten Delictes vergessen; den ersten Fehler rügten schon Kaserer S. 255, Schwarz II S. 465.

[23]) v. Canstein, Lehrb. d. Handelsr. I S. 236f.

[24]) Schwarz I S. 243; Gl.U. No. 9314; Nowak IV No. 255.

[25]) Frankl, Concurs der offenen Handelsg. S. 68; Schwarz II S. 466; a. M. Kissling S. 303.

antrages dadurch nicht legitimirt, dass die Vorlegung des genannten Verzeichnisses oder die Eidesablegung von ihm erzwungen wird (S. 127). Verweigert einer von mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern einer prot. Handelsgesellschaft den Eid, so ist im Gesellschaftsconcurse der Zwangsausgleich unzulässig.[26])

Damit ist der Kreis der zur Antragstellung berechtigten Gemeinschuldner gezogen. Der Gemeinschuldner muss zum kaufmännischen Concurse qualificirt und im Sinne des § 208 C. O. des Zwangsausgleiches würdig sein. Es handelt sich nun noch um die Feststellung des Zeitpunktes, in welchem diese Würdigkeitsmomente entscheidend sind. Bei den sub a und b angeführten Momenten bedarf man allerdings keiner weiteren zeitlichen Bestimmung, ebensowenig im Falle f, wenn wider den Gemeinschuldner Zwang zur Erfüllung der daselbst genannten Pflichten geübt wurde; in diesen Fällen ist ihm die Möglichkeit zur Stellung des Ausgleichsantrages völlig und für die ganze Dauer des Concursverfahrens genommen. Der Fall c und der Fall e hindern den Ausgleichsantrag nur, wenn ihr Thatbestand im Momente der Antragstellung besteht; kehrt der Schuldner von der Flucht zurück (§ 208 lit. c C. O.), oder ermittelt sich der Stand der Activen und Passiven, so wird der früher disqualificirte Gemeinschuldner zur Antragstellung legitimirt. Im Falle d ist die Zulässigkeit des Ausgleichsantrages daran geknüpft, dass im Zeitpunkte seiner Stellung kein Strafverfahren wegen der obgenannten Delicte im Zuge oder durch ein verurtheilendes Strafurtheil beendet ist; aber wenn auch nach der Stellung des Antrages ein Strafverfahren wegen eines Verbrechens aus Gewinnsucht (nicht auch wenn ein solches wegen eines Vergehens oder einer Uebertretung) wider den Gemeinschuldner eingeleitet wird, wirkt es auf den Ausgleichsantrag derart ein, dass das Verfahren über ihn eingestellt wird und nur aufgenommen werden darf, wenn das Strafverfahren durch Einstellung oder Freispruch[27]) beendet ist (§ 208 letzter Absatz C. O.).

Selbst nach rechtskräftiger gerichtlicher Bestätigung des Zwangsausgleiches spielt die Würdigkeit des Gemeinschuldners übrigens noch eine Rolle. Wird derselbe nämlich nach diesem Zeitpunkte des Verbrechens nach § 199 lit. f. St. G. (des sog. betrügerischen

[26]) Frankl a. a. O. S. 68; Schwarz II S. 466.

[27]) § 208 C. O. spricht ungenau nur vom Freispruche.

Crida) schuldig erkannt, so tritt die Nichtigkeit des Zwangsausgleiches ein, es sei denn, der Ausgleich sei schon vollständig erfüllt (§ 241 C. O.; s. unten X; s. auch § 234 C. O. und unten XII).

2. Der Ausgleichsantrag muss (mögen auch dritte Personen Verpflichtungen übernehmen) vom Gemeinschuldner selbst (allenfalls durch einen freiwilligen Vertreter oder durch seinen Vormund oder Curator) eingebracht werden;[28]) bei offenen Handelsgesellschaften, Commanditgesellschaften und Commanditactiengesellschaften muss im Concurse der Gesellschaft der Antrag von allen persönlich haftenden Gesellschaftern gestellt sein (§ 238 C. O.).

Der Antrag ist schriftlich oder zu gerichtlichem Protocolle zu erklären. Er bestimmt ausschliesslich den Inhalt des Zwangsausgleiches; weder die Gläubiger, noch das Concursgericht können ihn abändern, sie können ihn nur annehmen (bestätigen) oder verwerfen. Nur um dieser Erklärungen willen richtet der Antrag sich sowohl an die (sub Vb näher bezeichneten) Gläubiger, als an das Concursgericht; jene sollen in den Antrag einwilligen, dieses soll das Ausgleichsverfahren einleiten und den angenommenen Antrag genehmigen. Er ist daher keine privatrechtliche Erklärung, wie die Anträge, welche beim Concursvergleiche an die einzelnen Gläubiger gestellt werden, sondern eine publicistische, weil auch an das Concursgericht gerichtete.

Wenn auch nicht formell, so doch der Sache nach zerfällt dieser Ausgleichsantrag des Gemeinschuldners in zwei Anträge, einen formellen (IV 3) und einen sachlichen. Der formelle ist ein Antrag auf Einleitung des Zwangsausgleichsverfahrens, der sachliche trifft den Ausgleichsinhalt.

Der Inhalt des (sachlichen) Ausgleichsantrages[29]) ist mehrfachen Beschränkungen unterworfen, welche insgesammt dem Gesichtspunkte entnommen sind, dass der Zwangsausgleich zwingt, einen sonst unzulässigen Eingriff in erworbene subjective Rechte bedeutet und dem Gemeinschuldner Vortheile bringt.

a) Der Ausgleichsantrag muss vollständig sein; d. h. er muss den ganzen, allen Glänbigern gebotenen Ausgleich enthalten. Die §§ 221 und 222 C. O. sagen dies in der Form, dass der Ausgleich sich auf alle angemeldeten Forderungen beziehen und bezüglich aller dieser Forderungen die Vorrechtsordnung

---

[28]) A. M. Gl.U. No. 11118.

[29]) Schwarz I S. 244ff., II S. 466 ff.

wahren müsse. Nun ist die unverrückbare und ausschliessliche Basis dieses Zwangsausgleiches, wie eben nachgewiesen, der Ausgleichsantrag des Gemeinschuldners; dieser Antrag muss darum den Erfordernissen der §§ 221, 222 C. C. entsprechen, und es muss festgestellt werden, ob er dies thut. Er entspricht nun dem § 222 C. O. nicht, wenn einzelnen Gläubigern im Ausgleiche eine grössere, andern eine geringere Quote, dem einen bessere, dem andern schlechtere Zahlungsbedingungen geboten werden. Geschieht dies ausdrücklich im Antrage, so wird auch Niemand daran zweifeln, dass ein solcher Ausgleichsantrag unzulässig ist; dasselbe ist jedoch auch dann der Fall, wenn zwar der dem Concursgerichte überreichte Antrag den Normen der §§ 221 und 222 C. O. entspricht, wenn jedoch daneben (öffentlich oder geheim) einzelnen Gläubigern weitergehende Offerten gemacht, oder wenn weitergehende Vereinbarungen mit Einzelnen getroffen werden. Denn auch in diesem Falle entspricht der auf Grund des lückenhaften Antrages von der Gläubigermehrheit angenommene Zwangsausgleich den gesetzlichen Erfordernissen namentlich des § 222 C. O. nicht (dass Gläubigern gleichen Ranges im Ausgleiche gleiche Rechte gewährt werden müssen), und er darf vom Concursgerichte darum nicht bestätigt werden, da (zwar nicht der vorgelegte Ausgleichsantrag, wohl aber) der Ausgleich dann „gesetzlich unerlaubte Bestimmungen" enthält (§ 228 C. O.).

Bei dem klaren Wortlaute des § 228 Z. 2. C. O. würde diese dem Rechtsgefühle allein entsprechende[30]) Auffassung schwerlich einem Widerspruche begegnen, wenn nicht § 226 C. O. die Ungiltigkeit der Separatübereinkommen neben („ausser") dem Ausgleiche statuirt hätte. Diese Normirung geschah in der Meinung, dass diese Ungiltigkeit der Separatübereinkommen hinreichen werde, ihre Abschliessung zu verhindern, und dass es daher nicht erforderlich sei, die gerichtliche Bestätigung des Zwangsausgleiches davon abhängig zu machen, dass keine Separatübereinkommen geschlossen seien.[31]) Thatsächlich ist es auf Grund des § 226 C. O. die herrschende Lehre,[32]) dass Separatübereinkommen zwar ungiltig seien, jedoch das Zustandekommen des Zwangsausgleiches nicht

[30]) Ofner, a. a. O. S. 293; Frankl, Zur Revision des C. R. S. 121 ff.

[31]) Motive bei Kaserer S. 253 f.

[32]) Kaserer S. 268; Schwarz II S. 471; Nowak in G. Z. 1875 S. 298; E. v. 5. April 1893 Z. 4085 (Jur. Bl. No. 20 ex 1893); vgl. auch Frankl, Zur Revision S. 121.

hindern. Die Consequenz dieser Lehre ist, dass der Ausgleichsantrag nur formell, aber nicht inhaltlich vollständig sein muss, dass es genügt, wenn Separatübereinkommen im Antrage verschwiegen werden! Diese Lehre ist abzulehnen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Motive des § 226 C.O. berechtigt sind; sicher ist, dass § 226 C.O. nicht zu dem vom Gesetzgeber muthmaasslich beabsichtigten und von der herrschenden Lehre gezogenen Schlusse führt. Denn er normirt allerdings die Ungiltigkeit der Separatübereinkommen; aber er bestimmt nichts über ihr Verhältniss zu den §§ 222 und 228 C.O., nichts also über die Giltigkeit des Zwangsausgleiches. Er ändert die §§ 222 und 228 C.O. nicht ab, und sagt also nicht (wie die herrschende Lehre behauptet), dass ein Zwangsausgleich giltig sei, neben welchem (ungiltige) Separatübereinkommen geschlossen wurden. Es mag sein, dass er dies nur deshalb nicht ausspricht, weil der Gesetzgeber es für überflüssig hielt; aber das ist nicht maassgebend: für die Interpretation des § 226 C.O. ist lediglich das erlassene Gesetz und die Frage von Bedeutung, wie es vernünftig zu interpretiren sei. Da ergiebt sich denn nach den obigen Ausführungen folgendes Resultat:

Die Separatübereinkommen machen nach §§ 222 und 228 C.O. den Zwangsausgleich unzulässig, weil es gesetzliches Erforderniss desselben ist, dass allen Gläubigern gleichen Ranges gleiche Rechte gewährt werden (§ 222 C.O.), weil diesem Erfordernisse durch die Separatübereinkommen widersprochen wird, und weil daher der mit Separatübereinkommen abgeschlossene Zwangsausgleich einen „gesetzlich unerlaubten" Inhalt hat (§ 228 C.O.), so dass ihm die gerichtliche Bestätigung zu versagen ist, auch wenn diese Uebereinkommen nicht aus dem Ausgleichsantrage hervorgehen. Diese Separatübereinkommen sind überdies (mit gutem Grunde) nach § 226 C.O. ungiltig.[33]) Ist trotzdem ein Zwangsausgleich rechtskräftig bestätigt worden, neben welchem Separatübereinkommen geschlossen wurden, so bleibt er allerdings trotz der Separatübereinkommen — aber nicht wegen des § 226 C.O., sondern aus Rücksichten der Rechtssicherheit — giltig (s. III), es sei denn, § 242 C.O. habe statt[34]) (s. Xc).

---

[33]) Gl.U. No. 5649, 6259; E. v. 18. November 1891 Z. 12163 (Jur. Bl. 1892 No. 12).

[34]) Gl.U. No. 11559; a. M. Nowak IV No. 517; zweifelnd Schwarz

Nun erübrigt noch die genauere Bezeichnung jener Separatübereinkommen, welche den Ausgleichsantrag disqualificiren, den Zwangsausgleich unzulässig machen. Es sind jene, welche entweder Concursvermögen der Concursmasse (z. B. durch Uebertragung an Dritte) entziehen oder einzelnen Gläubigern bessere Bedingungen bieten als anderen (§ 226 C.O.). Hierher gehören beispielsweise das Versprechen von Nachzahlungen seitens des Gemeinschuldners oder irgend eines Dritten;[35]) das „Ankaufen" von Theilen einer Forderung; die Stellung eines Bürgen an einzelne Gläubiger; die Zusicherung eines Honorars an einen Gläubiger für die Unterstützung im Ausgleichsverfahren.[36]) Alle diese und alle die gleichen Zwecke verfolgenden Vereinbarungen sind unzulässig, weil sie über den Ausgleichsantrag hinausgehen und auch, weil sie möglicher Weise die Abstimmung auch nur eines Gläubigers beeinflusst haben. Irrelevant ist, ob sie einen solchen Einfluss in concreto geübt haben; irrelevant ist auch, ob diese Uebereinkommen vor dem Ausgleichsverfahren oder während desselben beantragt oder geschlossen wurden; irrelevant endlich ist, wie das Concursgericht zur Kenntniss von denselben kam.

Regelmässig werden diese Separatübereinkommen mit stimmberechtigten Gläubigern geschlossen; sie werden aber möglicher Weise (wenn auch selten) auch mit nicht stimmberechtigten Gläubigern abgeschlossen. Es muss nun festgehalten werden, dass sie auch dann den §§ 222 und 226 C.O. widersprechen und darum gleich den obgenannten Separatübereinkommen zu behandeln sind. Dagegen sind solche Verträge, in denen ein Gläubiger schlechtere Bedingungen annimmt, als der Ausgleichsantrag sie bietet, schon nach § 226 C.O., und Verträge, welche erst nach der Aufhebung des Concurses angeboten und abgeschlossen wurden, nach § 221 C.O. zulässig.[37])

b) Der Ausgleichsantrag darf sich nur auf Concurs- und concurrirende Gläubiger beziehen; den Massegläubigern, Rückforde-

---

I S. 247; vgl. Flusser, Bemerkungen zu § 210 C.O. (Geller's C.B. II S. 93 f.).

[35]) Gl.U. No. 6906, 8769, 9020; a. M. Gl.U. No. 5046, 6361; zweifelnd Kissling S. 320 f.

[36]) Gl.U. No. 7490.

[37]) Schwarz I S. 247; Gl.U. No. 6902, 11 040.

rungsberechtigten und den Realgläubigern als solchen darf kein Ausgleich zugemuthet werden (§ 225 C.O.).

c) Der Ausgleichsantrag darf aber auch die Forderungen concurrirender Gläubiger, deren Ansprüche nach dem „Stand der Masse" bei Vertheilung derselben zur vollen Befriedigung kämen, nicht schmälern; dies ergiebt sich aus § 209 C.O., welcher die obgenannten Gläubiger des Stimmrechtes im Ausgleichsverfahren beraubt, weil sie nach dem Stand der Masse zur vollen Befriedigung gelangen.[38])

d) Der Ausgleichsantrag muss sich andererseits auf alle bis zum Ausgleichstage angemeldeten Forderungen erstrecken (§ 221 C.O.), mögen sie unstreitig oder streitig sein (§ 223 C.O.); der Antrag darf sich auch auf die nicht angemeldeten Ansprüche erstrecken.[39]) Doch kann hierdurch den Rechten jener Gläubiger auf Vollzahlung nicht präjudicirt werden, deren Uebergehung im Concursverfahren[40]) durch den Gemeinschuldner verschuldet wurde (§ 236 Abs. 2 C.O.); man würde bei anderer Entscheidung dem Gemeinschuldner eine Prämie dafür aussetzen, dass er Gläubiger verschweige.

e) Der Ausgleichsantrag muss sich an die Vorrechtsordnung halten (§ 222 C.O.). Er darf daher Gläubigern eines späteren Ranges keine Quote bieten, insolange jene der vorangehenden Ränge nicht voll befriedigt sind, es sei denn, ein Gläubiger des höheren Ranges habe auf sein Vorrecht verzichtet; ein solcher Verzicht kann aber keinesfalls durch Majorisirung des berechtigten Gläubigers bewirkt werden, selbst nicht durch eine Majorisirung von seiten der Gläubiger seines eigenen bevorrechteten Ranges. Gläubigern desselben Ranges muss der Ausgleichsantrag Gleiches bieten; insbesondere müssen darum bei der Berechnung der einzelnen Quoten die (sehr verschiedenen) Zinsen der einzelnen angemeldeten Ansprüche in Rechnung gezogen werden.[41])

---

[38]) Der wichtige, z. B. im Fall des § 228 Z. 2 C.O. relevante Zusammenhang des § 209 C.O. mit dem Inhalte des Ausgleichsantrages wurde bisher nicht beachtet.

[39]) Schwarz I S. 247; Links Slg. No. 1174.

[40]) § 236 C.O. sagt: „im Ausgleiche"; die erweiternde Interpretation ist im Texte gerechtfertigt.

[41]) Leipen, Ist ein Zwangsausgleich zulässig, in welchem auf die Nebengeb. keine Rücksicht genommen wurde? (Jur. Vrtljsch. 1889 S. 164f.);

f) Strittige Forderungen sind derart sicherzustellen, dass sie ebenso wie die unstrittigen berichtigt werden können, wenn sie endgiltig festgestellt sind (§ 223 C.O.). Die Sicherstellung muss darum z. B. in den gleichen Terminen erfolgen, wie die Zahlung an jene Gläubiger, deren Forderungen festgestellt sind.

g) Der Ausgleichsantrag darf die Ansprüche wider Dritte nicht tangiren, z. B. Bürgen und Pfandschuldner nicht ihrer Haftung entheben, es sei denn, dass der hierdurch benachtheiligte Gläubiger zustimmt. Denn der Zwangsausgleich ist weder eine Novation noch ein privatrechtlicher Vergleich, und die §§ 1378 und 1390 a. b. Gb. haben daher nicht statt.

Mit diesen Bestimmungen sind die dem Inhalte des Ausgleichsantrages gezogenen Grenzen gegeben. Innerhalb derselben ist sein Inhalt frei. Namentlich gehört es trotz § 233 C. O. nicht zum Wesen des Zwangsausgleichs, dass dem Gemeinschuldner ein Theil seiner Schulden erlassen werde: auch ist weder wie in andern C.O. eine Minimalquote festgesetzt, welche den Gläubigern geboten werden müsse,[42]) noch ist normirt, dass der Gemeinschuldner die Leistungen aus Eigenem oder allein bestreiten müsse; vielmehr ist es zulässig, dass Dritte sich für die Einhaltung des Ausgleiches verbürgen (§ 216 C.O.), oder die Leistung der Ausgleichszahlungen ganz oder zum Theile übernehmen; ebenso sind beliebige Zahlungstermine und ist die Offerte einer datio in solutum, der Ueberlassung der Activen u. dgl. zulässig.

3. Ueber den Zeitpunkt, in welchem der formelle Ausgleichsantrag (der Antrag auf Einleitung des Ausgleichsverfahrens) frühestens gestellt werden darf, enthält die C.O. keine Norm. Doch ergiebt sich aus § 207 C.O., dass das Zwangsausgleichsverfahren ebenso wie das Vergleichsverfahren frühestens nach der allgemeinen Liquidirungstagfahrt beginnen darf. Nun enthält § 210 C.O. die Vorschrift, dass die sogenannte Stimmrechtstagfahrt auf spätestens 14 Tage nach der Stellung des Ausgleichsantrages anzuordnen ist. Daraus ergiebt sich, dass der Ausgleichsantrag frühestens nach Abhaltung der allgemeinen Liquidirungs-

---

Ofner, Zur Lehre v. Zwangsausgl. (Jur.Bl. 1893 S. 293f.); Gl.U. No. 11118; a. M. Schwarz I S. 247; O.G.H. in Geller's C.B. XI No. 349.

[42]) R. Pollak in Jur. Bl. 1895 No. 51 f.; die ung. C.O. § 200 setzt eine Minimalquote von 40 % fest.

tagfahrt gestellt werden darf,[43]) weil der Concurscommissär erst nach dieser Tagfahrt das Verfahren einleitet, bei früherer Stellung des Antrages aber die 14tägige Frist des § 210 C.O. nicht oder nur schwer einhalten könnte. Auch über den spätesten Zeitpunkt, in welchem dieser Antrag zulässig ist, bestimmt das Gesetz nichts. Man hat ihn daher insolange als zulässig anzusehen, als die Schlussvertheilung nicht rechtskräftig beschlossen ist (§§ 172, 179, 180 C.O.).

Gleichzeitig mit dem Antrage auf Einleitung des Ausgleichsverfahrens hat der Gemeinschuldner einen Sachantrag zu stellen. Dieser muss den Erfordernissen der C.O. entsprechen, widrigenfalls die Einleitung des Ausgleichsverfahrens zu versagen ist (s. IV 1). Aus § 214 C.O. ergiebt sich jedoch, dass dieser Sachantrag nur ein vorläufiger ist, welchen der Gemeinschuldner im Laufe des Concursverfahrens (innerhalb der gesetzlichen Grenzen) inhaltlich beliebig abändern darf.[44]) Diese Abänderungsbefugniss erlischt erst, wenn ein bestimmter Ausgleichsantrag von der Gläubigermehrheit angenommen ist; die Rückziehung des Antrages steht dem Gemeinschuldner bis zu demselben Zeitpunkte zu.

V. Die Gläubiger.[45]) Man muss die Theilnahme am Zwangsausgleiche von jener am Zwangsausgleichsverfahren unterscheiden.

a) Unter Theilnahme am Zwangsausgleiche wird die Unterwerfung unter die Rechtswirkungen des Zwangsausgleiches verstanden. Zum Unterschiede vom Vergleiche nehmen am Zwangsausgleiche nicht alle Gläubiger theil. Vor Allem haben Massegläubiger und Realgläubiger[46]) einen Antheil am Zwangsausgleiche nicht (§ 212 C.O.), weil der Zwangsausgleich sie nicht berühren darf (§ 225 C.O.). Diese Bestimmung ist bei jenen Realgläubigern etwas schwierig durchzuführen, welche von dem Rechte des § 171 C.O. Gebrauch machen und ohne Verzicht auf ihre Stellung als Realgläubiger gleichzeitig als concurrirende Gläubiger auftreten (S. 263). Auf diese erstreckt sich ja der die concurrirenden Gläubiger umfassende Zwangsausgleich. Die C.O. giebt aber nur eine Vorschrift über den Umfang ihrer Betheiligung am Aus-

---

[43]) A. M. Schwarz II S. 467.

[44]) Felix Wach, Zwangsvergleich S. 32.

[45]) Flusser, Bemerkung zu § 210 C.O. (Geller's C.Bl. II S. 93ff.); Oetker, Concursrechtl. Grundbegriffe I S. 452 ff.

[46]) Ebenso Rückforderungsberechtigte; § 212 C.O.

gleichsverfahren (§ 213 C.O.), nicht auch am Ausgleiche. Es muss demnach die Frage, mit welchem Theile ihrer Forderung Realgläubiger am Zwangsausgleiche theilnehmen, nach Analogie des § 171 C.O. u.z. dahin beantwortet werden, dass sie die Quote ihrer ganzen Forderung beanspruchen dürfen, insolange ihr Deckungsobject nicht versilbert ist, und die Quote des unbedeckten Restes nach der Versilberung des Objectes (S. 263).[47]) Verzichten Realgläubiger auf ihre Realsicherheit, so stehen sie begreiflicher Weise anderen concurrirenden Gläubigern gleich (§ 213 C.O.).

Von den Concursgläubigern und concurrirenden Gläubigern sind den Rechtswirkungen des Zwangsausgleiches jene entzogen, welche nach dem Stande der Masse voll befriedigt werden können, oder deren Uebergehung im Zwangsausgleiche durch Verschulden (böse Absicht oder Versehen, § 1294 a.b.Gb.) des Gemeinschuldners hervorgerufen wurde;[48]) sie behalten den Anspruch auf volle und rechtzeitige Befriedigung ihrer Ansprüche. Durch diese letztere Bestimmung soll der Gemeinschuldner zu erhöhter Aufmerksamkeit bei der Feststellung des Kreises seiner Gläubiger angespornt werden.[49])

Ausgeschlossen vom Zwangsausgleiche sind endlich jene Concurs- und concurrirenden Gläubiger, welche ihre Uebergehung im Ausgleiche selbst verschuldet haben (§ 236 C.O.); ihre Ansprüche werden in Gänze Naturalobligationen.[50])

Nach diesen Abgrenzungen bleiben den Wirkungen des Zwangsausgleiches unterworfen alle Concurs- und concurrirenden Gläubiger, welche nicht aus der Masse voll befriedigt werden können, und die weder durch ihr,[51]) noch durch des Gemeinschuldners Verschulden im Zwangsausgleiche übergangen worden sind. Innerhalb dieser Gruppe von Gläubigern besteht noch eine Zweitheilung dahin, dass von ihnen die im Zwangsausgleiche Uebergangenen

---

[47]) Dass sie am Ausgleichsverfahren nicht betheiligt sind, wenn und soweit ihre Forderungen berichtigt sind, hebt § 213 C.O. überflüssiger Weise hervor.

[48]) Gl.U. No. 10914. Sehr undeutlich textirt ist § 232 C.O.

[49]) Inwieweit die hier genannten Gläubiger auf die gerichtliche Bestätigung des Zwangsausgleiches Einfluss nehmen können, wird sub X erörtert.

[50]) Die C.O. sagt dies nicht ausdrücklich; es ergiebt sich aus den §§ 233 u. 236 C.O.

[51]) Gl.U. No. 7209 (Beweislast für das Verschulden); 11 300.



— sei es, dass sie ihre Ansprüche zu spät, sei es, dass sie dieselben gar nicht angemeldet haben — die gerichtliche Bestätigung des Zwangsausgleiches nicht zu hindern vermögen,[52]) und dass sie den im Zwangsausgleiche nicht Uebergangenen jene bestimmten Befriedigungsobjecte nicht entziehen dürfen, welche denselben im Ausgleiche zugewiesen sind;[53]) die Uebergangenen dürfen ihre Quoten nur aus anderen Vermögensobjecten suchen. Die übergangenen Gläubiger sind also den nichtübergangenen gegenüber benachtheiligt.

b) Von der Theilnahme am Zwangsausgleiche (der Unterwerfung unter seine Rechtswirkungen) ist die Theilnahme am Zwangsausgleichsverfahren zu sondern.[54]) Obwohl dies scheinbar das natürlichste wäre, decken sie einander nicht. Vielmehr steht einerseits die Theilnahme am Verfahren nicht allen Personen zu, welche den Wirkungen des Zwangsausgleiches unterworfen sind; andererseits gewährt doch § 209 C.O. manchen Personen ein Stimmrecht und damit die Theilnahme am Verfahren, welche dann am Zwangsausgleiche selbst nicht theilnehmen. So durchkreuzen einander die Kreise der Theilnehmer am Ausgleiche und jener am Ausgleichsverfahren; daraus ergiebt sich, dass die C.O. zwar wünscht, dass die Mehrheit der Concursgläubiger dem Ausgleichungsantrage zustimme, — dieser Mehrheitsbeschluss ist ja legislativ der wichtigste Grund für die Zulässigkeit des ganzen Institutes (s. oben II) — dass es aber rechtlich irrelevant ist, nicht nur, ob die Mehrheit der Zustimmenden auch die Mehrheit der Concursgläubiger, sondern auch, ob sie die Mehrheit der mit definitivem Erfolge concurrirenden Gläubiger (d. s. solcher, deren Forderungen festgestellt, resp. liquidirt sind) darstellt. Auf diese Congruenz verzichtet die C.O., weil sie allzuschwer und nie mit Sicherheit zu erreichen wäre, und es ist daher keine Voraussetzung des Zwangsausgleiches, dass ihm die Mehrheit der Concursgläubiger zustimme.

---

[52]) Vgl. Gl.U. No. 7921.

[53]) § 236 Abs. 1 C.O. zählt exemplificativ (nicht taxativ) zwei Gruppen solcher Objecte auf.

[54]) Diese ganze Partie des öster. Concursrechtes ist weder in der Literatur, noch (merkwürdiger Weise) in der Judicatur behandelt; für das deutsche Recht behauptet Kohler S. 479 die Stimmberehtigung aller jener, welche durch den Zwangsausgleich gebunden werden. Ueber das Verfahren s. VII.

Diese Sätze ergeben sich aus der Prüfung der §§ 209 ff. C.O. über die Theilnahmebefugniss am Ausgleichsverfahren. Die Befugniss hiezu wird durch das Stimmrecht (ein ius singulorum) im Verfahren ausgeübt. Dieses Stimmrecht bietet dem Einzelnen die Befugniss, den Ausgleichsantrag für seine Person anzunehmen oder abzulehnen. Eine Abänderungsbefugniss steht den Gläubigern nicht zu; eine Zustimmung unter Einschränkungen oder Zusätzen ist gleich einer Ablehnung. Dieses Stimmrecht steht bei jeder Abstimmung selbständig zu; bei einer zweiten Ausgleichstagfahrt (§ 219 C.O.) oder bei der Ausgleichstagfahrt über einen neuen Ausgleichsantrag ist ein Stimmberechtigter an seine frühere Abstimmung nicht gebunden, denn es handelt sich nicht um die Annahme einer Vertragsofferte.

Die Ausübung dieses Stimmrechtes steht nun nicht allen jenen Personen zu, auf welche die Wirkungen des abgeschlossenen Zwangsausgleiches sich erstrecken. Die C.O. weicht vielmehr (wie gesagt) nach beiden Richtungen ab.

α) Ausgeschlossen sind vom Stimmrecht alle jene Personen, welche ihre Ansprüche nicht spätestens vor der nach § 210 C.O. angeordneten Stimmrechtstagfahrt anmelden;[55]) sie unterliegen wohl (regelmässig) den Wirkungen des Zwangsausgleiches, beeinflussen sein Werden jedoch nicht. Diese Einschränkung ist im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergiebt sich jedoch daraus, dass die §§ 209—211 C.O. nur solchen Personen ein Stimmrecht verleihen, deren Forderungen zur Zeit der Stimmrechtstagfahrt schon einer Prüfung auf ihre Stimmrechtsqualität unterzogen werden konnten. Diese Einschränkung des Stimmrechtes ist auch nöthig, weil die Annahme des Ausgleichsantrages von einer bestimmten Mehrheit (nicht bloss der erschienenen, sondern) aller stimmberechtigten Gläubiger abhängt (§ 217 Z. 2 C.O.) und weil es somit um der Berechnung dieser Mehrheit willen einen Zeitpunkt geben muss, in welchem der Kreis der Stimmberechtigten feststeht; aus Rücksichten der Ordnung empfahl es sich, diesen Zeitpunkt nicht allzuweit, also nicht über die Stimmrechtstagfahrt hinauszuschieben.

Ausgeschlossen sind vom Stimmrechte ferner noch jene concurrirenden Gläubiger, welche nach dem Stande der Masse und dem Ausgleichsantrage voll zum Zuge kommen (§ 209 C.O.); sie

[55]) Auch § 240 Abs. 3 C.O. macht hievon keine Ausnahme.

haben kein rechtliches Interesse daran, ob der Zwangsausgleich zustande kommt oder nicht. Weiters haben concurrirende Gläubiger, welche für dieselben Forderungen Realgläubiger sind, kein Stimmrecht für jenen Theil ihrer Forderungen, welche durch den gerichtlichen Schätzwerth ihres Deckungsobjectes gesichert sind (§ 213 C. O.); auch ihnen fehlt im Sinne des Gesetzes diesbezüglich das rechtliche Interesse am Zustandekommen des Zwangsausgleiches.

Endlich muss das Stimmrecht den im 10. Range stehenden Gläubigern (S. 186 ff.) abgesprochen werden. Die C. O. entzieht es ihnen wohl nicht ausdrücklich; allein dies ist nur deshalb unterblieben, weil das Gesetz nicht an sie als Concursgläubiger gedacht hat.[56a])

β) Darnach würden stimmberechtigt jene concurrirenden (und nicht im 10. Range stehenden) Gläubiger sein, welche ihre Forderungen vor der Stimmrechtstagfahrt angemeldet haben, und nach dem Stande der Masse und dem Ausgleichsantrage nicht oder nicht voll zum Zuge gelangen. Auf diese Weise würden von den Genannten auch jene das Stimmrecht haben, deren Forderungen noch nicht geprüft oder bei der Liquidirungstagfahrt bestritten worden sind. Das geht ebensowenig an, als ihnen das Stimmrecht unbedingt abzusprechen; damit würde man wieder nur leichtfertige Bestreitungserklärungen bei den Liquidirungstagfahrten provociren. Und da es auch nicht passend erscheint, das Ausgleichsverfahren bis zur Erledigung der Prüfung oder der Bestreitungserklärung hinauszuschieben, hat die C. O. eine Wahrscheinlichkeitsrechnung aufgestellt und nach derselben das Stimmrecht bemessen. Sie unterscheidet ein gesetzliches Stimmrecht, ein durch den Gläubigerausschuss festgestelltes (§ 213 C. O.) und ein richterliches (§ 210 C. O.). Das gesetzliche Stimmrecht haben von den rechtzeitig concurrirenden Gläubigern jene, deren Forderungen entweder (bis zur Tagfahrt des § 214 C. O.) unbestritten, resp. im Liquidirungsprocesse rechtskräftig festgestellt, oder (bis zu demselben Zeitpunkte) durch die letztergangene, wenn auch noch nicht rechtskräftige Endentscheidung einer Spruch-

---

[56]) Schwarz I S. 244 entzieht dieses Stimmrecht nur den Gläubigern der ersten zwei Klassen, wenn sie voll zum Zuge kommen; warum nur diesen?

[56a]) Frankl a. a. O. S. 102 bestreitet den in diesem Range stehenden Gläubigern überhaupt die Eigenschaft als Concursgläubiger.



behörde[57]) als richtig anerkannt sind. Die Realgläubiger, welche durch den gerichtlichen Schätzwerth des ihnen haftenden Pfandes nicht gedeckt erscheinen, haben auf Grund eines Beschlusses des Gläubigerausschusses Stimmrecht, soweit diese Deckung fehlt (§ 213 C. O.). Das richterliche Stimmrecht endlich adhärirt jenen Forderungen, die bei der Stimmrechtstagfahrt als wahrscheinlich richtig vom Concursgerichte[58]) angenommen werden, mögen diese letzteren geprüft sein oder nicht (§§ 210, 211 C. O.); ergeht im letztgenannten Falle im Liquidirungsstreite später eine die Forderung abweisende (derzeit letzte) Entscheidung, so entfällt das vom Concursgerichte zuerkannte Stimmrecht.[59])

Das Stimmrecht ist somit gewährt den bis zur Stimmenrechtstagfahrt durch Anmeldung concurrirenden (nicht im 10. Range stehenden) Gläubigern, deren Forderungen bis zur entscheidenden Tagfahrt nach § 217 C. O. unbestritten, rechtskräftig oder wenigstens durch die letztergangene Entscheidung festgestellt sind; ferner jenen der genannten Gläubiger, welche bei der Stimmrechtstagfahrt dem Concursgerichte als wahrscheinlich richtig erschienen sind, wenn diese Wahrscheinlichkeit nicht durch eine nachträgliche, entgegengesetzte Processentscheidung aufgehoben ist: endlich den als concurrirenden Gläubigern auftretenden Realgläubigern, soweit deren Forderungen nicht durch den gerichtlichen Schätzwerth der Realsicherheit gedeckt sind.[60])

c) Das Stimmrecht ist, wie oben bemerkt, den Gläubigern ertheilt, um den Ausgleichsantrag anzunehmen oder zu verwerfen. Ein Zustimmungsbeschluss[61]) der stimmberechtigten Gläubiger ist nur dann vorhanden, wenn eine Kopf- und eine Summenmajorität dem Ausgleichsantrage des Gemeinschuldners zugestimmt haben. Es ist dies der einzige Fall, in welchem die C. O. die Beschluss-

---

[57]) A. M. Kissling S. 308. Die §§ 209 und 211 C.O. sprechen nur von richterlichen Sprüchen, was wegen § 127 C.O. zu enge ist.

[58]) Rechtsmittel gegen dessen Beschluss sind unzulässig (§ 210 C. O.); der nachträgliche Wegfall des Stimmrechts ist mit Gesuch zur Kenntniss zu bringen.

[59]) Die C.O. sagt dies nicht ausdrücklich.

[60]) Vgl. Kaserer S. 260.

[61]) Kaserer S. 262; Kissling S. 315 ff.; Schwarz II S. 473 ff.; über die historische Entwicklung s. Stobbe a. a. O. S. 75 ff.; Kohler, Lehrb. S. 445 ff.

fähigkeit einer Gläubigerversammlung an das Erscheinen mehr als eines Gläubigers und an eine bestimmte Anzahl der Erschienenen, und die Giltigkeit der Beschlüsse an mehr als die absolute Majorität knüpft (S. 243). Diese altösterreichische[62]) Einrichtung entspricht der Wichtigkeit des Zwangsausgleiches. Das Erforderniss der doppelten (Kopf- und Summen-)Majorität ist in letzter Linie dem code de commerce von 1807 entnommen; unmittelbar entstammt es dem § 30 des österr. Ausgleichsverfahrens vom 17. December 1862. Seine Motivirung besteht darin, dass es sowohl eine Majorisirung der wenigen grossen durch die vielen kleinen Gläubiger als auch umgekehrt der vielen kleinen durch die wenigen grossen Forderungen verhindert.

Damit ein Ausgleichsantrag angenommen sei, ist demnach nöthig: 1. dass volle zwei Drittheile der bei der Tagfahrt erschienenen stimmberechtigten Gläubiger ihm zustimmen. Dabei wird jeder Gläubiger als ein Mann gerechnet, mag er eine oder mehrere Ansprüche geltend machen; dass mehrere Gläubiger einen gemeinsamen Bevollmächtigten für sich stimmen lassen, ändert hieran nichts. Wohl aber werden zur Vermeidung von Umtrieben mehrere Gläubiger dann nur für einen Mann gerechnet, wenn im Zeitpunkte der Abstimmung ihnen zusammen nur eine Forderung zusteht, oder wenn ihre Ansprüche bis zum Zeitpunkte der Zahlungseinstellung eine einzige (erst später getheilte) Forderung darstellen; 2. dass die zustimmenden Personen volle drei Viertheile aller stimmberechtigten Forderungen repräsentiren (§ 217 C.O.).

Ist nur eine der beiden Majoritäten oder ist keine der beiden erreicht, so ist der Ausgleichsantrag abgelehnt. Aus Billigkeitserwägungen gestattet jedoch § 218 C.O. die Anordnung einer zweiten Ausgleichstagfahrt in demselben Verfahren, wenn wenigstens eine der beiden Majoritäten dem Antrage zugestimmt hat. Bei dieser zweiten Tagfahrt ist aber ebenso wie bei der ersten die obgenannte Doppelmajorität des § 217 C.O. erforderlich, damit der Antrag angenommen sei. Ueber das Verfahren siehe unten VII.

VI. Das Concursgericht kann im Ausgleichsverfahren zu drei Entscheidungen berufen sein: bei der Vorprüfung des Ausgleichsantrages, bei der Feststellung des Stimmrechts, bei der Genehmi-

---

[62]) Oesterr. Wechselordnung von 1717 art. 53.

[63]) So auch Schwarz II S. 469.

gung des Zwangsausgleichs; in allen Fällen ergeht die Entscheidung als Bescheid.

1) Die Vorprüfung des Ausgleichsantrages ist ex professo, aber nicht vollständig im § 208 C. O. behandelt. Der Wortlaut des § 208 C. O. beschränkt sie nämlich auf die Prüfung der Würdigkeit des Gemeinschuldners, d. i. der oben sub IVa—f angeführten Punkte. Allein damit ist nur der wichtigste und regelmässige Fall der Prüfung genannt, und die Vorprüfung erstreckt sich weiter. Es kann nämlich dem Concursgerichte nicht zugemuthet werden und wäre auch eminent unzweckmässig, ein Ausgleichsverfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn der Zwangsausgleich nicht genehmigt werden dürfte. Schon die Vorprüfung hat sich darum — da die Frage der Zweckmässigkeit des Antrages nach § 228 C.O. entfällt — auf drei Punkte zu erstrecken: a) ob im betreffenden Concurse ein Zwangsausgleich überhaupt gesetzlich zulässig ist, d. h. ob ein kaufmännischer Concurs vorliegt (IV, 1); b) ob hinsichtlich des Gemeinschuldners kein aus § 208 C. O. entnommenes Hinderniss vorliegt; c) ob der Ausgleichsantrag den gesetzlichen Inhalt hat[63]) (IV 2). Denn der Ausgleichsantrag kann weder von den Gläubigern noch vom Concursgerichte abgeändert werden und die Durchführung des Verfahrens über einen unzulässigen Antrag ist daher unnütz; dass der Gemeinschuldner berechtigt ist, seinen sachlichen Ausgleichsantrag im Laufe des Verfahrens zu ändern, gibt ihm noch keinen Anspruch auf die Einleitung des Verfahrens auch bei einem unzulässigen Antragsinhalte. Fällt die Vorprüfung günstig aus, so ist das Ausgleichsverfahren einzuleiten, fällt sie ungünstig aus, so ist seine Einleitung motivirt zu versagen. Kommt im Laufe des Zwangsausgleichsverfahren hervor, dass dasselbe aus den hier sub a—c angeführten Gründen nicht hätte eingeleitet werden sollen, oder dass nachträglich einer dieser Gründe eingetreten ist, so ist dasselbe mit einem motivirten Bescheide einzustellen.[64]) Gegen alle diese Bescheide stehen dem Gemeinschuldner und den vom Zwangsausgleiche getroffenen Gläubigern die Rechtsmittel offen.

2) Die gerichtliche Feststellung des Stimmrechtes erfolgt nur rücksichtlich jener concurrirenden Gläubiger, deren Forderungen nicht liquidirt, noch nicht geprüft oder noch nicht wenigstens im Streite durch die Endentscheidung der angerufenen Spruch-

[64]) Gl.U. No. 11118.

behörde festgestellt sind. Bezüglich der nicht unter diese Gruppen fallenden Forderungen hat das Concursgericht festzustellen, ob dem Anmeldenden und für welchen Betrag der angemeldeten Forderung ihm ein Stimmrecht im Zwangsausgleichsverfahren zukommt; die Grundlage dieser Entscheidung über das Stimmrecht bildet das Protokoll der Stimmrechtstagfahrt (§ 210 C. O.). Es handelt sich hier um eine von Amtswegen zu fällende Entscheidung, welche also durch die Parteianträge nicht begrenzt wird; das Concursgericht darf trotz der Anträge kein Stimmrecht zusprechen, wenn ihm die Forderung nicht als „wahrscheinlich richtig“ erscheint (§ 210 C. O.), und es darf unter dieser Voraussetzung ein Stimmrecht auch dann nicht versagen, wenn der Anmeldende dasselbe nicht beansprucht oder darauf verzichtet; denn die Zahl der Stimmberechtigten ist für die Ermittlung der Summenmajorität essentiell (§ 217 Z. 2 C. O.) und das Stimmrecht darum unverzichtbar.[65])

Gegen diese Entscheidungen des Concursgerichts ist im Interesse eines raschen Fortganges des Ausgleichverfahrens kein Rechtsmittel zulässig (§ 210 C. O.). Nachträgliche Veränderungen[66]) in den Voraussetzungen dieser Entscheidung werden berücksichtigt, wenn an Stelle des richterlichen Stimmrechtes das gesetzliche tritt (s. V b β), oder wenn die als stimmberechtigt anerkannte Forderung durch eine spätere (wenn auch nicht rechtskräftige) Process-Entscheidung einer Spruchbehörde dem Kläger aberkannt wird.

3) Genehmigung (gerichtliche Bestätigung) des Zwangsausgleiches[67]) ist jene Entscheidung, in welcher ausgesprochen wird, ob der Zwangsausgleich zu Recht bestehe. Es ist keine declarative, sondern eine constitutive Entscheidung; sie macht den Zwangsausgleich (s. oben III). Sie erfolgt nur auf Antrag des Gemeinschuldners; doch genügt es, wenn er denselben mit dem

---

[65]) Die Ausübung des Stimmrechtes steht im Belieben des Berechtigten.

[66]) Dieselben müssen spätestens bei der Tagfahrt des § 217 C. O. nachgewiesen sein.

[67]) S. die Literatur in Anm. 10 u. 13, ferner Ofner in Jur. Bl. 1893 S. 293 f.; Schwarz II S. 478 ff. schliesst ohne Anhaltspunkt bei der Beschlussfassung des Concusgerichtes den Concurscommissär als Votanten aus; wird denn ein Beschluss des Concurscommissärs überprüft?

Antrage auf Einleitung des Ausgleichsverfahrens verbunden, und nicht zurückgezogen hat.

Ihr Inhalt darf nur in der Bestätigung oder Ablehnung der Bestätigung des Zwangsausgleiches bestehen, wie dieser lautet; Abänderungen sind unzulässig. Geschehen sie dennoch (sei es absichtlich, sei es durch Versehen) so machen sie die gerichtliche Entscheidung freilich ebensowenig ipso iure unwirksam, als ein Urtheil dies durch ähnliche Mängel würde; zur Behebung des Mangels steht vielmehr ausschliesslich der Weg der Rechtsmittel offen. Nach § 230 C. O. hat hiebei nur jener „Betheiligte", welcher dem Ausgleiche nicht ausdrücklich zugestimmt hat, das Recursrecht;[68]) doch ist diese Norm nicht auf den Fall zu beziehen, dass die Bestätigung des Zwangsausgleiches andere Bestimmungen des Ausgleiches enthält, als der Antrag, dem der Gläubiger zustimmte; im Falle einer solchen Discrepanz hat jeder Betheiligte (auch der Gemeinschuldner) das Recursrecht. Ist die gerichtliche Bestätigung des Zwangsausgleiches zu Unrecht versagt, so kann dawider auch nur durch Rechtsmittel Abhilfe gesucht werden. Das Recursrecht steht in diesem Falle dem Gemeinschuldner und jedem concurrirenden Gläubiger und Concursgläubiger[69]) zu, welche dem Zwangsausgleiche nicht widersprochen haben, also auch jenen, welche gar kein Stimmrecht haben[70]) (§ 230 C.O.). Die Rechtskraft der Bestätigung des Zwangsausgleiches sanirt ihre Mängel, wovon nur die sub X bezeichneten Voraussetzungen ausgenommen sind.

Die Grundlage für die gerichtliche Bestätigung geben die §§ 227 und 228 C. O.

Zuerst werden die formellen Voraussetzungen der Bestätigung geprüft. Es dürfen ihr keine wesentlichen, namentlich keine solchen Formgebrechen oder Mängel entgegenstehen, welche nur durch die Anordnung einer neuerlichen Ausgleichstagfahrt gehoben werden könnten. Ein solches Formgebrechen wäre z. B. ein unklares Protokoll, ein solcher Mangel die Unterlassung einer Stimmrechtsfestsetzung; oder Vorgänge, durch welche Gläubiger an der

---

[68]) Diese Einschränkung des Recursrechtes ist nicht leicht zu rechtfertigen.

[69]) § 230 C. O. spricht in demselben Satze einmal vom „Betheiligten" und einmal vom „Concursgläubiger", obwohl mit beiden terminis dieselben Personen gemeint sind.

[70]) Schwarz II S. 480; a. M. Kissling S. 325.

rechtzeitigen Anmeldung ihrer Forderung gehindert wurden, oder durch welche eine unrichtige Bilanzirung des schuldnerischen Vermögens herbeigeführt wird; ein solcher Mangel wäre es endlich, wenn der Gemeinschuldner bei der Ausgleichstagfahrt weder anwesend noch gehörig vertreten gewesen wäre. Liegen derartige Mängel oder Formgebrechen vor; so muss die Bestätigung des Zwangsausgleiches pflichtmässig versagt werden, u. z. selbst dann, wenn nicht ersichtlich ist, dass die Stimmen, bezüglich welcher der Mangel besteht, die Majorität gebildet haben, oder sie vereitelt hätten. Lässt sich jedoch das Formgebrechen oder der Mangel ohne die Anordnung einer neuen Ausgleichstagfahrt beheben, so hat dies auf Anordnung des Concursgerichtes durch den Concurscommissär zu geschehen.

Ungleich wichtiger ist die Prüfung der materiellen Voraussetzungen des Ausgleiches. Das Concursgericht hat von Amtswegen zu untersuchen:

a) ob der Ausgleichsantrag vom Gemeinschuldner gestellt wurde, und ob dieser zur Stellung des Antrages befugt war (s. VI 1);

b) ob der Zustimmungsbeschluss der Gläubiger gehörig gefasst wurde;

c) ob der Ausgleich den gesetzlichen Inhalt hat und die Ansprüche der Masse- und Realgläubiger sowie jener concurrirenden Gläubiger nicht schädigt, denen die vorhandene Ist-Masse die volle Befriedigung bietet (§§ 209 Abs. 1, 212 C.O.). Diese Prüfung ist die wichtigste. Denn ist der Zwangsausgleich genehmigt, dann sind die Mängel in seinen Voraussetzungen — mit Ausnahme der sub X erörterten — sanirt, und käme auch z. B. nach der rechtskräftigen Bestätigung heraus, dass die Majorität der zustimmenden Gläubiger durch Separatübereinkommen gewonnen wurde, so bliebe der Zwangsausgleich dennoch giltig (arg. ex §§ 226 u. 223 C.O.; Ausnahme sub X). So angemessen diese Vorschrift um der Rechtssicherheit willen ist (s. oben III), so verpflichtet sie das Concursgericht doch zur genauesten Prüfung des Ausgleichsantrages. Das Gericht darf sich also nicht immer darauf beschränken, die vom Concurscommissär vorgelegten Akten (einschliesslich des Inventars und der Berichte, aus denen sich der Stand der Ist-Masse ergiebt) zu prüfen, — diese weisen ja fast niemals einen Mangel auf — sondern das Gericht muss Erhebungen pflegen, wenn es einen Anlass hat, zu muthmaassen, dass z. B. Zwang geübt, Furcht hervorgerufen

wurde, oder dass Separatübereinkommen abgeschlossen wurden;[71]) § 228 C.O. sagt dies in der Form, dass er die Bestätigung des Ausgleiches verbietet, wenn derselbe den Vorschriften der §§ 221—225 nicht entspricht oder sonst gesetzlich unerlaubte Bestimmungen enthält. Auch ergiebt es sich aus der im § 242 C.O. normirten Nichtigkeitsklage; wenn nämlich ein Zwangsausgleich nach seiner rechtskräftigen Bestätigung auf Grund einer solchen Klage nichtig wird, muss es auch zufolge eines Schlusses a maiore ad minus dem Concursgerichte obliegen, ihm aus denselben Gründen die Bestätigung von vornherein zu versagen. Ob der Betrug, die Furcht, die Separatübereinkommen die Majorität für den Zwangsausgleich geschaffen haben oder nicht, ist gleichgiltig, weil es eben gesetzwidrig ist, wenn der Ausgleichsantrag auch nur bezüglich eines Gläubigers nicht den ganzen Ausgleichsinhalt enthält (s. oben IV b).

In eine weitere Prüfung des Ausgleichsinhaltes, insbesondere in Rücksicht seiner Zweckmässigkeit hat sich das Concursgericht nach § 228 C.O. nicht einzulassen. Doch muss hierbei die (unter § 228 Z. 2 C.O. fallende) Norm der §§ 209 u. 225 C.O. beachtet werden, dass die Masse- und Realgläubiger sowie die Rückforderungsberechtigten nicht geschädigt werden dürfen, und dass jene concurrirenden Gläubiger voll befriedigt werden müssen, denen die vorhandene Ist-Masse die volle Befriedigung bietet; ob diese Norm erfüllt ist, das ist eben keine Frage der Zweckmässigkeit, sondern eine solche des Gesetzes.

VII. Das Ausgleichsverfahren beginnt mit dem Antrage des Gemeinschuldners (§ 207 C.O.), welcher auch die eventuellen Anträge Dritter in sich begreift. An diesen Antrag schliesst sich die Vorprüfung des Concursgerichtes an (VI 1). Fällt sie günstig aus, so wird das Ausgleichsverfahren eingeleitet u. z. mit der Anordnung einer Tagsatzung zur Festsetzung des Stimmrechts dann, wenn Anlass zur Normirung eines richterlichen Stimmrechts ist (§ 210 C.O.; s. oben V b β).

Diese Stimmrechtstagfahrt ist vom Concurscommissär auf spätestens 14 Tage nach der Antragstellung des Gemeinschuldners anzuordnen; vorzuladen sind der Gemeinschuldner, der Masse-

---

[71]) Ofner a. a. O. S. 293; a. M. Nowak in Ger. Ztg. 1875 S. 298; Schwarz II S. 471; Kaserer S. 268; Entsch. d. O.G.H. v. 5. April 1893 Z. 4085 (Jur.Bl. No. 20 ex 1893).

verwalter, jene concurrirenden Gläubiger, deren Stimmrecht einer richterlichen Feststellung bedarf, endlich jene concurrirenden Gläubiger, welche den eben genannten Forderungen bei der Liquidirungstagfahrt eine Bestreitung entgegengesetzt haben[72]) (s. S. 218 ff.). Ein Zwang zum Erscheinen bei dieser Tagfahrt wird gegen Niemanden, nicht einmal wider den Gemeinschuldner geübt;[73]) die Abwesenheit von Betheiligten hindert aber die Verhandlung nicht. Ueber die Verhandlung ist ein Protokoll aufzunehmen und dem Concursgerichte vorzulegen, welches über die Stimmrechte entscheidet (§ 210 C. O.).

Nach Fällung dieser Entscheidungen (wenn keine Stimmrechtstagfahrt stattfand, sofort nach der Vorprüfung) ordnet der Concurscommissär die Tagfahrt zur Verhandlung und Beschlussfassung über den Ausgleichsantrag (Ausgleichstermin) an, macht sie mittelst Edictes kund und verständigt überdies den Gemeinschuldner, den Masseverwalter, die Mitglieder des Gläubigerausschusses und alle stimmberechtigten[74]) Gläubiger mit dem Beisatze von der Tagfahrt, dass sie den Ausgleichsantrag beim Masseverwalter einsehen können (§ 214 C. O.). Die Verständigung jener Personen, welche neben dem Gemeinschuldner oder an seiner Stelle sich verpflichten wollen, ist nicht vorgeschrieben, aber zweckmässig.

Die Verhandlung beim Ausgleichstermine wird vom Concurscommissär geleitet (§ 216 C. O.). Unerlässlich ist hierbei die Anwesenheit des Masseverwalters (oder seines Stellvertreters), ferner des Gemeinschuldners; ist derselbe verhindert, persönlich anwesend zu sein, so muss für ihn unter Nachweisung des Hindernisses[75]) ein (freiwilliger) Vertreter erscheinen (§ 215 C. O.). Die Anwesenheit einer solchen Anzahl von stimmberechtigten Gläubigern, dass sie drei Viertheile der Forderungen ausmachen, ist beim ersten Ausgleichstermine nur insoferne erforderlich, als andernfalls der Ausgleichsantrag nicht mit Rechtswirkung angenommen werden kann; zur Durchführung des Verfahrens ist dagegen die Anwesenheit dieser

---

[72]) § 210 C. O. beantwortet die Frage, wer zur Tagfahrt vorzuladen sei, nur durch das Citat des § 115 C. O. Wie Text Schwarz II S. 471.

[73]) § 210 C. O. knüpft keine Rechtsfolgen an das Ausbleiben des Gemeinschuldners; anders § 215 C. O.

[74]) Ihre Verständigung ist nur instructionell vorgeschrieben; § 254 C. O.

[75]) Erklären die Gläubiger den Nachweis nicht für ausreichend, so entscheidet darüber der Concurscommissär (§ 215 C. O.).



Gläubigerzahl beim ersten Termine nicht, wohl aber beim zweiten erforderlich (arg. ex § 218 C.O.). Sind diese Personen nicht oder nicht in der nöthigen Zahl anwesend, so ist das Ausgleichsverfahren vom Concurscommissär einzustellen. Ein Zwang zum Erscheinen darf weder gegen den Gemeinschuldner noch gegen Gläubiger geübt werden.

Die Verhandlung beginnt mit der Berichterstattung des Masseverwalters über seine Verwaltung und über die voraussichtlichen Ergebnissse des Concursverfahrens für den Fall, dass der Zwangsausgleich nicht zustande kommt; dieser Bericht soll den Gläubigern die Beurtheilung des Ausgleichsantrages ermöglichen. Auf den Bericht folgt die Darstellung des Ausgleichsantrages des Gemeinschuldners einschliesslich der in demselben enthaltenen Verpflichtungserklärungen Dritter; daran schliesst sich die eventuelle Discussion und die Abstimmung (§ 216 C.O.). Ueber die Verhandlung ist ein Protokoll aufzunehmen, in welches nicht nur die etwaigen Abänderungen des Ausgleichsantrages durch den Gemeinschuldner und die Abstimmung, sondern auch die „Gegenerinnerungen" der Dissentirenden anfzunehmen sind (§ 219 C.O.).

Ergiebt die Abstimmung über den Ausgleichsantrag weder die Kopf- noch die Summenmajorität zu Gunsten des Ausgleichsantrages, so ist derselbe abgelehnt; obwohl die C.O. keine ausdrückliche Norm enthält, ist doch nach § 227 C.O. und nach allgemeinen Grundsätzen (S. 96 f.) anzunehmen, dass nicht das Concursgericht, sondern der Concurscommissär diesen Misserfolg mit Bescheid constatirt und hievon den Masseverwalter behufs Fortsetzung des Concursverfahrens verständigt. Sind die erforderlichen beiden Majoritäten erreicht, so legt der Concurscommissär die Acten zur Entscheidung dem Concursgerichte vor (§ 219 C.O.). Ist endlich nur eine der beiden Majoritäten erreicht, so hat der Concurscommissär (wenn der Gemeinschuldner seinen Antrag nicht zurückzieht) eine zweite Ausgleichstagfahrt spätestens auf den achten[76]) Tag anzuordnen, dies bei der ersten Tagfahrt zu publiciren, die geschehene Publication im Protokolle zu beurkunden und jene stimmberechtigten Gläubiger persönlich zu verständigen,[77]) welche bei der Publication nicht anwesend sind.

Diese zweite Ausgleichstagfahrt ist von der ersten und deren

---

[76]) Dies ist nur instructionell vorgeschrieben.

[77]) Da kein Edict erlassen wird, ist diese Verständigung essentiell.



Resultat ganz unabhängig; alle Betheiligten haben ihre Abstimmung wieder frei (§ 219 C.O.). Die Tagfahrt geht nach den Regeln der ersten vor sich; nur dass ihre Abhaltung an die Anwesenheit von soviel Gläubigern gebunden ist, dass drei Viertheile der stimmberechtigten Forderungen repräsentirt sind.

Ist der Ausgleich vom Concursgerichte genehmigt, so ist derselbe vom Concurscommissär auszufertigen. § 232 C.O. schreibt vor, dass dies „in der Form . . . eines . . . gerichtlichen Vergleiches“ geschehen soll; diese niemals sehr verständliche Vorschrift ist nun durch § 204 C.P.O. obsolet worden. Die Ausfertigung des Zwangsausgleiches erfolgt vielmehr gleich der eines jeden anderen gerichtlichen Bescheides.

VIII. Die Wirkung des Zwangsausgleiches ist eine doppelte: eine solche bezüglich der Privatrechtsansprüche und eine rücksichtlich des Concursverfahrens.

1. In der ersten Richtung bestimmt § 232 C.O., dass die Wirkung gleich sei „der Rechtswirkung eines zwischen den Concursgläubigern einerseits und dem Gemeinschuldner, sowie denjenigen, welche etwa als Bürgen und Zahler u. s. w. beigetreten sind, andererseits abgeschlossenen gerichtlichen Vergleichs“. Weder das frühere Civilprocessrecht noch die §§ 204 ff. C.P.O. enthalten jedoch irgend eine Norm über die privatrechtlichen Wirkungen gerichtlicher Vergleiche, und wir sind somit auf die §§ 223, 224, 232 ff. C.O. und auf die Analogie der §§ 1380 ff. a. b. Gb. verwiesen. Dabei ist von der auch für das Privatrecht unrichtigen Subsumption des Vergleiches unter die Novation abzusehen und festzuhalten, dass die vor dem Zwangsausgleiche bestehenden Rechte und Pflichten dritter Personen (z. B. der Mitschuldner, Bürgen, Regresspflichtigen) durch den Zwangsausgleich nach dem Wortlaute der §§ 224 und 232 C.O. nicht berührt werden. Diese Dritten bleiben nicht nur rücksichtlich jenes Theiles des Anspruches berechtigt und verpflichtet, welcher durch den Zwangsausgleich aufrechterhalten ist, sondern für den ganzen Anspruch. Ein Indossant haftet nach wie vor dem Zwangsausgleiche für die ganze Wechselsumme, ein Pfandschuldner für das ganze Pfand, ein Wechselberechtigter behält seinen vollen Wechselanspruch gegen Dritte; nur eine scheinbare Ausnahme hievon statuirt § 240 Abs. 4 C.O. (s. unten). Die Wirkung des Zwangsausgleiches trifft ferner nach § 225 C.O. weder Masse- noch Realgläubiger



noch Rückforderungsberechtigte, noch die im § 209 C.O. genannten concurrirenden Gläubiger.

Sie beschränkt sich also einerseits auf den Gemeinschuldner und die ihm im Ausgleichsantrage beigetretenen Personen, andererseits auf alle Concurs- und concurrirenden Gläubiger, welche weder Vollzahlung aus der Masse zu erwarten hatten, noch durch ihr noch des Gemeinschuldners Verschulden im Ausgleiche übergangen sind.[78]) Diese Personen bindet der gerichtlich bestätigte Zwangsausgleich; insoweit derselbe den Gläubigern nur eine Quote ihrer Forderungen bietet, wird der durch die Quote nicht gedeckte Theil der Ansprüche (der Ausfall) gegenüber dem Gemeinschuldner unklagbar, eine Naturalobligation[79]) (§ 233, 247, 253 Abs. 2 C.O.), und zwar selbst dann, wenn vor der völligen Erfüllung des Ausgleiches ein neuer Concurs wider den Gemeinschuldner eröffnet wird (§ 245 C.O.). Dagegen bedeutet (zum gewichtigen Unterschiede vom privatrechtlichen Vergleiche) der Zwangsausgleich keine Anerkennung von Ansprüchen; sind solche strittig, so müssen sie im Processwege[80]) festgestellt werden, um zur Berichtigung auf Grund des Zwangsausgleiches zu gelangen (§§ 223, 236 C.O.).

Eine specielle Wirkung hat der Zwangsausgleich über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters einer protokollirten Handelsgesellschaft. Er befreit den Gesellschafter von der Solidarhaftung für die Gesellschaftsschulden (§ 240 C.O.); diese werden ihm gegenüber in Gänze Naturalobligationen, insoweit sein Zwangsausgleich sie nicht trifft.

Inwieweit alle diese Wirkungen dem Zwangsausgleiche durch seine Nichtigerklärung (§§ 241, 242 C.O.) oder durch Klagen einzelner Gläubiger genommen werden (§ 234 C.O.), wird sub X und XII erörtert.

---

[78]) § 232 C.O. verwendet hiefür sehr ungenau den terminus „Concursgläubiger“.

[79]) Unger in Grünhut's Ztschr. XV S. 373; v. Schrutka, Compensation S. 130; Frankl, Concurs der offenen Handelsgesellschaft S. 73 (bezüglich des § 240 Abs. 4 C.O.).

[80]) Sei es in Liquidirungsprocessen, sei es in solchen wider den Gemeinschuldner; auch für die letzteren ist das Concursgericht ausschliesslich zuständig (§ 237 C.O.; Gl.U. No. 10206), insoweit der Rechtsweg offen steht.

2. Der gerichtlich bestätigte Zwangsausgleich genügt für sich allein nicht zur Concursaufhebung. Vielmehr ist ausserdem noch erforderlich der vom Masseverwalter zu erbringende Nachweis, dass für die Sicherung der Massegläubiger und Rückforderungsberechtigten gesorgt ist; sind im Ausgleiche noch weitere Sicherungen vorgesehen, z. B. für bestrittene Ansprüche, so muss auch hiefür der Nachweis vom Masseverwalter erbracht werden (§ 235 C. O.). Der Thatbestand der Voraussetzung zur Concursaufhebung setzt sich also zusammen aus dem gerichtlich bestätigten Zwangsausgleiche und dem Nachweise der eben genannten Sicherungen. Auf Grund dieses Thatbestandes hat dann die Aufhebung des Concurses zu erfolgen; ob der Ausgleich (in anderen Punkten) erfüllt wird, ist irrelevant, es sei denn im Ausgleiche ausdrücklich anders angeordnet und die Fortdauer des Concurses bis zu seiner Erfüllung, oder dem Nachweis anderer Sicherungen (z. B. der Einsetzung eines Gläubigercomités) für seine Erfüllung bedungen.[81])

Eine weitere Wirkung des Zwangsausgleiches besteht für den Fall des Gesellschaftsconcurses; s. darüber § 239 C. O. und § 73.

Eine dritte Wirkung des gerichtlich bestätigten Zwangsausausgleiches und zwar des Ausgleiches allein ist, dass der Gemeinschuldner des Rechtes nicht verlustig wird, eine beliebige kaufmännische Firma zu führen (§ 253 C. O.).

IX. Die Ausführung des Ausgleiches ist von der Concursaufhebung grundsätzlich unabhängig, es sei denn, dass es sich um Sicherungen der Massegläubiger und Rückforderungsberechtigten handelt (§ 223 C. O.), oder dass im Zwangsausgleiche selbst seine Ausführung mit der Concursaufhebung in einen Zusammenhang gebracht ist. Ist dies nicht der Fall, so entstehen durch den Zwangsausgleich subjective Klag-Ansprüche der vom Zwangsausgleiche getroffenen Gläubiger wider den Gemeinschuldner und die demselben beigetretenen Personen; es handelt sich nicht mehr um Befriedigung im Concurse und durch das Concursverfahren, sondern um die Einzelbefriedigung.

Darum bewirkt auch die Nichteinhaltung des Ausgleiches weder seine Nichtigkeit noch die Wiedereröffnung des Concurses, sondern lediglich Zwang zur Erfüllung des Ausgleiches gegenüber

---

[81]) Vgl. Frankl, Zur Revision des Concursr. S. 123; Kohler, Lehrb. S. 491 ff.

dem Einzelnen: der einzelne Gläubiger kann für sich die Erfüllung erzwingen (§ 245 C.O.).[82])

X. Grundsätzlich wird (wie oben bemerkt) ein Zwangsausgleich aus Gründen der Rechtssicherheit durch seine rechtskräftige gerichtliche Bestätigung unanfechtbar, mag er noch so mangelhaft sein. Aber es gibt doch Mängel, welche stärker sind als das Bedürfniss nach Rechtssicherheit, und welehe daher auch nach der rechtskräftigen Bestätigung des Zwangsausgleiches noch berücksichtigt werden. Solcher Nichtigkeitsgründe gibt es drei: entweder es fehlen die Voraussetzungen des Concursverfahrens (S. 44 ff.), oder der Gemeinschuldner wird des Verbrechens des Betruges nach § 199 lit. f. St. G. schuldig erkannt, oder es sind die Voraussetzungen einer auf die Vorschriften des Privatrechtes gestützten Nichtigkeitsklage von Gläubigern vorhanden.

a) Fehlen die Voraussetzungen des Concursverfahrens[83]) (nicht auch jene der Concurseröffnung), so ist das Concursverfahren und somit auch das einen Theil desselben bildende Ausgleichsverfahren und der Zwangsausgleich nichtig. Die Nichtigkeit tritt wie im Falle b „kraft des Gesetzes“ (§ 241 C. O.) ein; da jedoch eine formell rechtskräftige gerichtliche Entscheidung vorliegt, welche nicht von einem Privaten ohne Weiteres als nicht existirend behandelt werden kann, so bedarf es trotz der ipso iure eintretenden Nichtigkeit immer einer gerichtlichen Entscheidung, und überdies einer Anzeige (aber keiner Klage) wegen Nichtigerklärung dann, wenn das Concursgericht nicht von Amtswegen einschreitet (§ 243 C.O.). An irgendeine Frist ist diese Anzeige nicht gebunden; sie kann auch nach völliger Erfüllung des Ausgleichs erfolgen.

b) Ist der Gemeinschuldner nach gerichtlicher Bestätigung des Zwangsausgleiches,[84]) jedoch vor dessen völliger Erfüllung des Verbrechens des Betruges nach § 199 lit. f Str. G. rechtskräftig schuldig erkannt, so tritt ipso iure Nichtigkeit des Ausgleiches ein[85]) (siehe a); ist der Ausgleich schon völlig erfüllt, so tritt diese Nichtigkeit nicht ein (§ 241 C. O.).

c) In den Fällen a und b hat das Concursgericht von Amts-

---

[82]) Ueber die Zweckmässigkeit dieser Regelung s. Frankl a. a. O. S. 124; Kohler, Lehrb. S. 497.

[83]) Die §§ 241 ff. C. O. erwähnen diesen Fall nicht.

[84]) A. M. Schwarz II S. 486.

Vgl. hiezu de lege ferenda Frankl a. a. O. S. 124.



wegen mit der Nichtigkeitserklärung des Zwangsausgleiches vorzugehen; die Parteien brauchen höchstens anregend einzuwirken. Anders in dem dritten Falle, in welchem die Nichtigerklärung auf Grund der „Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechts“ erfolgen soll; da bleibt es der Klage eines Betheiligten überlassen, die Nichtigerklärung des Zwangsausgleiches[86]) zu erwirken.

Die Voraussetzungen dieser Klage sind nach § 242 C. O.[87]) die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes. Um diese vage Norm zu verstehen, muss man sich vergegenwärtigen, dass die zur Zeit der Erlassung der C. O. herrschende Theorie den Zwangsausgleich als einen Vertrag auffasste; daraus ergibt sich dann, dass unter den „Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes“ jene zu verstehen sind, zufolge welcher ein Vertragstheil berechtigt ist, sich an den von ihm abgeschlossenen Vertrag nicht zu halten, zufolge welcher also ein Vertrag als nicht geschlossen angesehen wird. Das sind die §§ 870—875 a. b. Gb. Ihre unmittelbare Anwendung ist sowohl dadurch ausgeschlossen, dass der Zwangsausgleich kein Vertrag ist, als auch durch die mit § 877 a. b. Gb. im Widerspruche stehende Norm des § 244 Abs. 2 C. O. Aber die analoge Anwendung der §§ 871—875 a. b. Gb. ist durch § 242 C.O. allerdings vorgeschrieben und führt zu dem Ergebnisse: die Klage nach § 242 C. O. ist begründet, wenn die Zustimmung zum Ausgleichsantrage durch eine vom Gemeinschuldner oder mit dessen Kenntniss von einem Anderen hervorgerufene Furcht, durch einen ebenso begangenen Betrug, geübte List, geübten Zwang oder hervorgerufenen Irrthum (bezüglich der Hauptsache oder einer wesentlichen Beschaffenheit des Ausgleichsantrages) bewirkt wurde.[88]) Passives Subject dieser Thätigkeit muss ein stimmberechtigter Gläubiger gewesen sein, weil nur für diesen die Analogie des Vertragscontrahenten passt. Dagegen ist nach § 242 C.O. nicht er-

---

[86]) Mit der Nichtigkeitsklage des § 529 C.P.O. hat diese Klage nichts zu thun.

[87]) Er ist eine Verallgemeinerung des § 203 der preuss. C. O. vom 1. Mai 1855.

[88]) Kaserer S. 274; Schwarz II S. 487ff.; Frankl a. a. O. S. 124; Gl. U. No. 11559; über die §§ 871—875 a. b. Gb. s. Krainz-Pfaff I S. 241 ff.; Hermann, die rechtl. Verantwortlichkeit des Versicherers S. 91 ff.



forderlich, dass dieser stimmberechtigte Gläubiger auch für die Annahme des Ausgleichsantrages gestimmt habe, sowie die C. O. auch nicht verlangt, dass die Majorität für die Annahme des Ausgleichsantrages durch den Zwang, Betrug etc. geschaffen worden sei.[89]) Die weite Fassung des Gesetzes[90]) lässt vielmehr die Klage als begründet erscheinen, wenn ihre auf die §§ 871 ff. a. b. Gb. gestützten Voraussetzungen (z. B. das Verschweigen von Vermögen, von Separatübereinkommen) in der Person irgend eines betheiligten Gläubigers eingetreten sind, mag derselbe z. B. auch gar nicht gestimmt haben. Damit ist denn auch die erwünschte Uebereinstimmung zwischen den Gründen zur Verweigerung der gerichtlichen Bestätigung des Zwangsausgleiches (§ 228 C. O.) und jenen zur Nichtigerklärung des bestätigten Zwangsausgleiches (§ 242 C. O.) fast ganz gegeben. Dem öffentlichen Interesse, wie den Anforrungen von Treu und Glauben im kaufmännischen Verkehre würde es nicht entsprechen, wenn ein Zwangsausgleich errichtet oder aufrechterhalten würde, der durch irgendeine Unredlichkeit entstanden oder bei dem eine Unredlichkeit unterlaufen ist.

Die Klage ist keine reine Feststellungs-, sondern zugleich eine Rechtsgestaltungsklage; ihr Begehren geht nicht bloss auf die Feststellung eines Nichtigkeitsgrundes, sondern auf die Nichtigerklärung des Zwangsausgleiches.[91]) Da nun der Zwangsausgleich entweder für Alle oder für Keinen gelten soll, muss dafür gesorgt werden, dass nicht einander widersprechende gerichtliche Entscheidungen über seine Existenz ergehen. Darum macht § 242 C. O. einerseits die Klage zur Popularklage, erweitert andererseits ihre Rechtskraft.[92]) Die Klage ist eine Popularklage in dem Sinne, dass sie jedem „Betheiligten" (§ 242 C. O.), d. i. jedem vom Zwangsausgleiche betroffenen Gläubiger zusteht, mag er stimmberechtigt gewesen sein oder nicht, mögen die Voraussetzungen der §§ 871 ff. a. b. Gb. gerade in seiner Person zutreffen oder nicht. Unter den vielen activ ad causam legitimirten Gläubigern entscheidet aber die Prävention. Die zuerst erhobene consumirt

---

[89]) A. M. Gl. U. No. 11559.

[90]) Ebenso § 182 dtsche. C. O.; Fitting S. 376; § 230 ung. C. O.

[91]) Des nach § 228 C. P. O. erforderlichen Nachweises des klägerischen Interesses an der alsbaldigen richterlichen Feststellung bedarf es nicht.

[92]) Katz, Das Civilurtheil S. 81.

für die Dauer ihrer Streitanhängigkeit alle anderen Klagen (§ 242 C. O.), mögen sie auf derselben oder einer anderen Voraussetzung (die eine z. B. auf Irrthum, die andere auf Furcht) beruhen;[93]) das auf eine Klage nach § 242 C.O. ergangene Urtheil schafft dann Rechtskraft für und wider alle vom Zwangsausgleiche betroffenen Personen, mag es den Zwangsausleich aufrecht erhalten oder für nichtig erklären (§ 242 Abs. 3 C. O.). Um jedoch zu verhüten, dass die Interessen jener Gläubiger hintangesetzt werden, welche nicht die (entscheidende, weil prävenirende) Klage angestrengt haben, ist auf die Klage vorerst nicht die erste Tagsatzung, sondern eine solche zur Feststellung der Streittheile anzuordnen, von welcher sämmtliche vom Zwangsausgleiche betroffenen Gläubiger[94]) edictaliter mit dem Beisatze zu verständigen sind, dass sie bei dieser Tagfahrt einer der beiden Processparteien als Streitgenossen beizutreten berechtigt seien[95]) (§ 242 Abs. C. O.). Durch einen solchen Beitritt entsteht dann eine nothwendige Streitgenossenschaft (§ 14 C.P.O.). Als nothwendige Consequenz eines solchen Beitrittes dieser Streitgenossen ergibt sich dann trotz des § 235 C.P.O.[96]) die Zulässigkeit einer Aenderung zwar nicht des Klagebegehrens, aber doch des Klagegrundes; jene der Klagthatsachen ist ohnedies nach § 235 C.P.O. zulässig.

Der früheste Zeitpunkt für die Anbringung der Klage ist nach der rechtskräftigen Bestätigung des Zwangsausgleiches (wenn auch vor aufgehobenem Concurse[97]) gekommen. Das Klagerecht ist erloschen, wenn der Zwangsausgleich erfüllt ist (§ 242 C.O.); der Beweis für die Rechtzeitigkeit der Klage trifft die Kläger,[98]) da es sich hier nicht um eine Verjährungs-, sondern um eine

---

[93]) § 242 Abs. 4 C. O. ist nicht klar textirt; die Worte „mit rechtlicher Wirkung für . . . . Personen“ haben zu entfallen.

[94]) Nur diese, unzweckmässiger Weise nicht auch die zum Gemeinschuldner im Ausgleichsverfahren hinzugetretenen Personen (z. B. seine Bürgen), obwohl auch diese ein rechtliches Interesse am Ausgange des Processes haben, und obwohl die erweiterte Rechtskraft auch sie trifft; s. §§ 17, 20 C. P. O.

[95]) Nach dieser Tagsatzung können sie noch jederzeit als Nebenintervenienten nach den §§ 17, 20 C.P.O. eintreten, müssen aber den Rechtsstreit dann in der Lage annehmen, in welcher er sich befindet.

[96]) Lex generalis posterior non derogat legi speciali priori.

[97]) A. M. Schwarz II S. 489; Gl.U. No. 9497.

[98]) A. M. Gl.U. No. 11559.

Präclusivfrist handelt. Ueber die Competenz für die Klage enthält die C.O. keine Norm; doch ergiebt sich aus § 242 Abs. 2 u. § 243 C.O., dass dieselbe nur beim Concursgerichte begründet ist.

XI. Die Wirkung der Nichtigerklärung des Zwangsausgleiches ist eine dreifache.

Einerseits erfolgt, wenn der Zwangsausgleich (mit Bescheid in den Fällen Xa und b, mit Urtheil im Falle c) für nichtig erklärt ist, von Amtswegen die Wiedereröffnung des Concurses (§ 243 C.O.); über das Verfahren in demselben siehe § 79.

Andererseits werden durch die Nichtigerklärung des Zwangsausgleiches, welche nach den Ausführungen sub X nur eine totale sein kann, auch die Verpflichtungen vernichtet, welche Dritte im Ausgleichsantrage auf sich genommen haben; Personen, welche dem Ausgleich als Solidarschuldner oder Bürgen beigetreten sind, oder welche z. B. Pfänder bestellt haben, werden ihrer Verpflichtungen ledig.[99]) Nur insoweit sie bereits auf Grund der im Zwangsausgleiche übernommenen Verpflichtung an Gläubiger geleistet haben, können sie diese Leistungen (zwar vom Gemeinschuldner nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes, aber) nicht von jenen Gläubigern zurückfordern, welche beim Empfang der Leistung bona fide waren; sie treten nicht einmal als Cessionare ex lege im wiedereröffneten Concurse an die Stelle dieser Gläubiger (§ 244 Abs. 2 C.O.)

Endlich leben die durch den Zwangsausgleich verminderten Ansprüche der Concurs- und concurrirenden Gläubiger an den Gemeinschuldner wieder in Gänze auf. Das an diese bereits vertheilte Vermögen wird als Concursvermögen angesehen und unter Hinzurechnung des etwa hinzugekommenen weiteren Concursvermögens der neuen Quotenberechnung zu Grunde gelegt; doch findet keine wirkliche (sondern nur eine rechnungsmässige) Collation der auf Grund des Ausgleiches schon ausbezahlten und bona fide empfangenen Beträge statt, und es sind darum die Gläubiger, welche auf Grund des Ausgleichs bona fide eine grössere Quote erhalten haben, als sie ihnen nun zufiele, zur Einzahlung des Uebermaasses in die Concursmasse nicht verflichtet (§ 244 C.O.).

XII. Neben dieser im § 242 C.O. normirten Klage auf Nichtigerklärung des Ausgleiches gewährt noch § 234 C.O. den einzelnen Gläubigern (ohne Rücksicht auf die §§ 871 ff. a.b.Gb.) je einen

---

[99]) Vgl. Frankl a. a. O. S. 125; ung. C.O. § 226.

selbstständigen Anspruch auf Erfüllung ihres angemeldeten Anspruches neben dem Ausgleiche und unbeschadet seiner Aufrechterhaltung. D. h. der Zwangsausgleich bleibt in diesem Falle giltig; mit allen seinen Vortheilen und Nachtheilen muss er (vom Gemeinschuldner und den Verpflichteten) erfüllt werden, und das im Zwangsausgleiche für seine Erfüllung bestimmte Vermögen (z. B. die Ist-Masse) darf seinem Zwecke nicht entzogen werden. Aber der Gemeinschuldner wird (resp. bleibt) auf Grund eines Anspruches nach § 234 C.O. trotz des Ausgleiches dann Personalschuldner für die ganze vor dem Ausgleiche bestandene Schuld, wenn er wann immer wegen der im § 199 lit. f. und § 486 lit. g Str.G. normirten Fälle der betrügerischen und leichtsinnigen Crida verurtheilt wird.[100]) Das Ausgleichsvermögen bleibt in diesem Falle zwar für den Zwangsausgleich vinculirt; mit seinem weiteren Vermögen haftet aber der Gemeinschuldner voll gegenüber jenen Gläubigern, welche diese volle Haftung beanspruchen; eine erweiterte Rechtskraft, wie im Falle des § 242 C.O., hat nicht statt.

Eine besondere Frist für die einzelnen Gläubiger ist im § 234 C.O. nicht normirt, und es besteht darum in diesem Falle keine Präclusivfrist, sondern nur die allgemeine Verjährungsfrist für die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 234 C.O. Nach § 55 C.O. bedarf es auch keiner Klage wider den Gemeinschuldner, sondern nur eines mit dem Strafurtheile belegten Auszuges aus dem Liquidirungsprotokolle.[101])

XIII. Die Nichterfüllung des Zwangsausgleiches ist kein Grund zur Wiedereröffnung des Concurses[102]) (§ 245 C.O.).

§ 73. Der Zwangsausgleich des Gesellschaftsconcurses.[1])

Der Concurs über das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter protokollirter Handelsgesellschaften wird nach § 199 C.O. immer eröffnet, wenn der Gesellschaftsconcurs eröffnet wird, mögen die sonstigen Voraussetzungen einer Concurseröffnung vor-

---

[100]) § 234 Abs. 1 C.O. ist undeutlich stylisirt.

[101]) Kissling S. 327.

[102]) Fitting S. 375 ff.; deutsche C.O. § 181; anders § 226 ung. C.O.

[1]) Frankl, Concurs der offenen Handelsges. S. 72 ff.; Schwarz II S. 493 f.; § 289 der preuss. C.O. v. 8. Mai 1855.

handen sein oder nicht (S. 57). Die Endigung des Concurses über das Privatvermögen ist dagegen nicht im regelmässigen Zusammenhange mit der Endigung des Gesellschaftsconcurses. Sie erfolgt, wenn hinsichtlich des Concurses über das Privatvermögen eine der gesetzlichen Voraussetzungen der Concursaufhebung gegeben ist (z. B. jene des § 154 C.O.); und sie erfolgt principiell nicht deshalb, weil der Gesellschaftsconcurs aufgehoben ist.

Nur in einem Falle besteht ein solcher Zusammenhang zwischen dem Concurse über das Gesellschaftsvermögen und jenem über das Privatvermögen. Wird nämlich der Gesellschaftsconcurs auf Grund eines Zwangsausgleiches aufgehoben, so ist auch der Concurs über das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter aufzuheben, jedoch nur dann, wenn nicht eine andere (als die im § 199 C.O. normirte) gesetzliche Voraussetzung des Concursverfahrens oder der Concurseröffnung für den letztgenannten Concurs noch vorhanden ist (§ 239 C.O.); das Concursgericht soll dies nach Einvernehmung der concurrirenden Gläubiger dieses Concurses über das Privatvermögen von Amtswegen feststellen. Ergiebt sich das Vorhandensein solcher anderer Voraussetzungen, so dauert der Concurs über das Privatvermögen fort. Ergiebt sich jedoch keine solche Voraussetzung, so ist die Aufhebung des Gesellschaftsconcurses auf Grund eines Zwangsausgleiches ein Aufhebungsgrund für den Concurs über das Privatvermögen des persönlich haftenden Gesellschafters.

§ 74. Das Einverständniss der Gläubiger.[1])

I. Das Concursverfahren wird, wenn auch nicht ausschliesslich,[2]) so doch wesentlich im Interesse bestimmter Gläubiger eröffnet und fortgeführt.[3]) Es entfällt also die wichtigste ratio legis für das einzelne Concursverfahren dann, wenn die Gläubiger erklären, dass sie an diesem Verfahren nicht theilnehmen; deshalb sieht § 155 C.O. in dieser einverständlichen Erklärung (zwar nicht aller, aber) bestimmter, als hiezu berechtigt angesehener Gläubiger eine Voraussetzung der Concursaufhebung, u. z. ohne Rücksicht darauf, ob ein kaufmännischer Concurs vorliegt oder nicht.

---

[1]) Kaserer S. 211; Kissling S. 241; Schwarz I S. 236, II S. 456ff.; §§ 166 ff. ung. C.O.; §§ 188 ff. dtsch. C.O.

[2]) Es dient auch dem Interesse des Gemeinschuldners.

[3]) Motive bei Kaserer S. 211.



Diese Erklärung unterscheidet sich begrifflich vom Vergleiche und Zwangsausgleiche dadurch, dass sie vom Willen des Gemeinschuldners ganz unabhängig ist.[4]) Während der Vergleich und der Zwangsausgleich an eine entsprechende Willenserklärung des Gemeinschuldners (seinen Antrag oder seine Zustimmung) gebunden sind, ist es der Thatbestand des § 155 C.O. nicht. Es wird gewiss die Regel bilden, dass auch im letzteren Falle zwischen dem Gemeinschuldner und seinen Gläubigern ein Uebereinkommen zustande kommt, auf Grund dessen die Gläubiger ihr Einverständniss zur Concursaufhebung erklären; allein ein solches Uebereinkommen ist irrelevant, ist nicht mehr als ein Motiv für die Gläubiger und gar nicht nothwendig, damit § 155 C.O. wirksam werde; die einseitige Erklärung der Gläubiger genügt. Was dieselben veranlasst hat, der Concursaufhebung zuzustimmen, ist gleichgiltig; sie können daher durch kein Anbot des Gemeinschuldners, auch nicht durch die völlige Sicherstellung ihres Anspruches[5]) verpflichtet, und andererseits durch keine Erklärung des Concursgerichtes oder des Masseverwalters oder des Gemeinschuldners davon rechtlich abgehalten werden, die Concursaufhebung durch ihre Erklärung zu veranlassen. Sollte auch diese einseitige Erklärung der Gläubiger dem Wunsche oder dem Willen des Gemeinschuldners nicht entsprechen (vgl. § 62 C.O.), so kann der Letztere ihr doch die Wirkung nicht benehmen: wider den erklärten Willen der sub II genannten Gläubiger giebt es keine Fortsetzung des Concursverfahrens; dem Gemeinschuldner bleibt vorbehalten, nach den §§ 62 und 198 C.O. die Eröffnung eines neuen Concurses über sein Vermögen hervorzurufen.

II. Subjecte der nach § 155 C.O. relevanten Erklärung sind „alle Massegläubiger, sowie sämmtliche angemeldeten Concursgläubiger“ (§ 155 C.O.). Aus erklärlichen Zweckmässigkeitsrücksichten verlangt die C.O. nur die Erklärung dieser, nicht die aller Gläubiger; auf die Rückforderungsberechtigten, die Realgläubiger und auf jene Concursgläubiger, welche ihre Ansprüche nicht angemeldet haben, kommt es also nicht an. Wann dagegen die Ansprüche

---

[4]) Anders die deutsche und die ung. C.O. und § 210 der preuss. C.O. v. 8. Mai 1855; vgl. Frankl, Zur Revision S. 8f.

[5]) Infolge vollständiger Befriedigung scheidet allerdings jeder Gläubiger aus dem Concursverfahren aus; die Zahlung z. B. ersetzt also die Einwilligung desselben, Schwarz II S. 457.

der Masse- und der durch Anmeldung concurrirenden Gläubiger entstanden, wann namentlich die Forderungen der concurrirenden Gläubiger angemeldet worden sind, das ist gleichgiltig;[6]) nur muss die allgemeine Liquidirungstagfahrt vorüber, und die Ansprüche dürfen nicht derart spät entstanden sein, dass schon vorher die Erklärung der anderen obgenannten Gläubiger (in die Concursaufhebung zu willigen) dem Concursgerichte abgegeben und hierdurch die im § 155 C.O. normirte Voraussetzung der Concursaufhebung schon existent geworden ist.[7]) Ob die Ansprüche bedingt oder betagt, bestritten oder unbestritten sind, ist gleichfalls irrelevant, da es sich eben um einseitige Erklärungen der Gläubiger handelt; darum kann (wie oben bemerkt) weder ein Masse- noch ein concurrirender Gläubiger durch Sicherstellung seines (etwa bestrittenen) Anspruches gezwungen werden, die Einwilligung in die Concursaufhebung zu erklären; noch weniger kann diese Sicherstellung die Einwilligung des betreffenden Gläubigers ersetzen.[8])

III. Die Erklärung der Gläubiger, welche sub II genannt sind, besteht in dem an das Concursgericht gerichteten Antrage, die Aufhebung des Concursverfahrens vorzunehmen; eine Rückziehung der Anmeldungen ersetzt diese Erklärung des § 155 C.O. nicht, sondern führt höchstens zur Schaffung des im § 154 C.O. normirten Thatbestandes für die Concursaufhebung. Ob die Einwilligung in die Concursaufhebung nach § 155 C.O. von allen berechtigten Gläubigern gemeinschaftlich, oder ob sie von jedem Einzelnen abgegeben wird, ist ebenso gleichgiltig, wie der Umstand, ob sie mittelst Eingabe oder zu gerichtlichem Protokolle erklärt wird.[9]) Ein besonderes Verfahren für die Abgabe dieser Gläubigererklärungen ist auch nicht vorgeschrieben; ein Einschreiten des Concursgerichtes oder des Concurscommissärs, sei es von Amtswegen, sei es auf Antrag, ist im Gesetze jedoch nicht vorgesehen und kann nicht als zulässig betrachtet werden, weil es sich hier nicht um einen Vergleich, sondern um eine einseitige Erklärung der Gläubiger handelt.[10])

---

[6]) Gl.U. No. 8270.

[7]) Gl.U. No. 5408, 5837.

[8]) A. M. Schwarz I S. 236.

[9]) Ueber die Beglaubigung der Unterschriften s. § 8 des kais. Pat. v. 9. August 1854 R.G.B. No. 208.

[10]) A. M. Schwarz II S. 457.

Der früheste Zeitpunkt für die Abgabe der Erklärungen ist nach der Abhaltung der allgemeinen Liquidirungstagfahrt gekommen; diese Vorschrift des § 155 C.O. beruht auf der Erwägung, dass der Kreis der anmeldenden Gläubiger erst in diesem Zeitpunkte einigermaassen feststeht. Der späteste Zeitpunkt liegt nach der Natur der Sache unmittelbar vor der Schlussvertheilung.

Werden die Einwilligungs-Erklärungen gemeinschaftlich, uno actu abgegeben, so binden sie durch ihre Abgabe die Erklärenden wie das Concursgericht und können cum clausula rebus sic stantibus nicht zurückgezogen werden;[11]) Gründe, welche einen Vergleich oder gerichtlich bestätigten Zwangsausgleich nichtig machen, berechtigen jedoch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch zur Rückziehung der hier besprochenen Erklärung. Die Erklärung eines einzelnen Masse- oder concurrirenden Gläubigers bindet ihn in gleicher Weise, jedoch nur für eine solche Zeit, in welcher die Einwilligungserklärung der Uebrigen nachgetragen sein kann; nach dieser Frist ist er berechtigt, seine Erklärung ausdrücklich zurückzuziehen. Obwohl § 155 C.O. dies nicht sagt, kann man ja dem Einzelnen nicht zumuthen, beliebig lange Zeit an seine Erklärung gebunden zu sein.

IV. Die Wirkung der gehörig abgegebenen Erklärung der sub II genannten Gläubiger besteht darin, dass das Concursgericht verpflichtet ist, ohne Rücksicht auf den Stand des Concursverfahrens sofort mit der Concursaufhebung vorzugehen. Diese Wirkung aber tritt nur ein, wenn sämmtliche genannten Gläubiger die Concursaufhebung beantragen; fehlt auch nur ein Einziger der Berechtigten, so ist der Thatbestand des § 155 C.O. nicht gegeben. Ob dann jener des § 154 C.O. statthat, darüber s. § 75.

Die Concursaufhebung auf Grund des § 155 C.O. hat dagegen nicht (wie jene auf Grund eines Vergleiches und Zwangsausgleiches) die Wirkung, dass der protokollirte Gemeinschuldner berechtigt bleibt, eine nicht seinen vollen Vor- und Zunamen enthaltende Firma (weiter) zu führen. Vielmehr tritt das Verbot des § 246a C.O. hier ein: der Gemeinschuldner darf, wenn der Concurs auf Grund des Einverständnisses der Gläubiger aufgehoben wird, nur unter seinem vollen Vor- und Zunamen Handelsgeschäfte be-

---

[11]) Zu allgemein Kissling S. 241; Gl.U. No. 3971.

treiben.[12]) Denn die ratio für die Ausnahme vom § 246a C.O. zu Gunsten des Vergleiches und Zwangsausgleiches liegt darin, dass der Gemeinschuldner durch diese Prämie angespornt werden soll, einen Vergleich oder einen Zwangsausgleich zustande zu bringen; bei dem Einverständnisse der Gläubiger im Sinne des § 155 C.O. liegen aber nur einseitige Erklärungen derselben vor, während eine Thätigkeit des Gemeinschuldners weder erforderlich, noch dem Gerichte bekannt, noch relevant ist.

Ebensowenig hat die Concursaufhebung nach § 155 C.O. privatrechtliche Wirkungen rücksichtlich der wider den Gemeinschuldner erhobenen Ansprüche, wie sie etwa der Vergleich oder Zwangsausgleich haben.

V. § 190 C.O. ist bei dieser Beendigungsart unanwendbar; s. § 79 III.

§ 75. Der Mangel der Gläubigermehrheit.[1])

I. Der Mangel der Gläubigermehrheit ist zwar nicht ausnahmslos,[2]) aber doch regelmässig ein Hinderniss der Concurseröffnung (§ 66 C.O.; S. 70). Es kann jedoch vorkommen, dass trotz dieser Norm des § 66 C.O. eine Concurseröffnung beim Vorhandensein nur eines Concursgläubigers stattgefunden hat: a) nach § 2 des Ges. v. 16. März 1884 R.G.Bl. No. 35 (s. S. 70 f.), b) nach § 199 C.O. über das Vermögen persönlich haftender Gesellschafter einer in kaufmännischen Concurs gerathenen prot. Handelsgesellschaft, c) aus Versehen des Concursgerichtes; dazu kommt noch d) der Fall, dass bei der Concurseröffnung das Vorhandensein mehrerer persönlicher Gläubiger ausgewiesen war, dass jedoch von diesen Concursgläubigern nur einer oder gar keiner ein concurrirender Gläubiger wurde.

In dem Ausnahmsfalle a, der durch ein der C.O. nachfolgendes Specialgesetz geregelt ist, bildet der Mangel der Gläubigermehrheit (ebenso wie bei der Concurseröffnung keinen Grund zu ihrer Verweigerung) keinen Grund zur Concursaufhebung. In allen anderen Fällen jedoch wollte das Gesetz ein Concursverfahren nicht fortsetzen lassen, welches nicht hätte eröffnet werden sollen.

---

[12]) A. M. Schwarz II S. 495; Entsch. v. 10. April 1890 Z. 4055, Notar.Ztg. No. 24 ex 1890.

[1]) Kaserer S. 210; Kissling S. 239 ff.; Schwarz I S. 235 f., II S. 453 ff.; § 87 ung. C.O. S. oben § 17.

[2]) A. M. Schwarz I S. 56, 235.



Daraus sollte der Concursaufhebungsgrund der mangelnden Mehrheit „persönlicher Gläubiger“, d. h. Concursgläubiger folgen; dem ist aber nothwendigerweise jener der „concurrirenden Gläubiger“ zu substituiren, weil nur auf diese das Concursverfahren — abgesehen vom Eröffnungsverfahren — regelmässiger Weise Bedacht nimmt. Darum decken einander die §§ 66 und 154 C.O. trotz der entgegengesetzten Intention des Gesetzgebers nicht, und es ist die Voraussetzung des § 154 C.O. zur Concursaufhebung schon dann gegeben, wenn nur ein concurrirender[3]) Gläubiger am Verfahren theilnimmt. Hiebei ist es gleichgiltig, ob Rückforderungsberechtigte, Realgläubiger, Concursgläubiger oder Massegläubiger vorhanden sind; entscheidend ist bloss die Zahl der concurrirenden Gläubiger. Irrelevant ist auch, ob in irgend einem früheren Zeitpunkte mehrere concurrirende Gläubiger vorhanden waren, wenn z. B. alle bis auf einen ihre Anmeldungen zurückgezogen haben.[4])

Ob ein oder ob mehrere concurrirende Gläubiger vorhanden sind, kann frühestens nach dem Ablaufe der Anmeldungsfrist (S. 193) festgestellt werden, weil jeder Anspruchswerber die volle Anmeldungsfrist ausnützen, d. h. seine Anmeldung bis zum Schlusse dieser Frist überreichen darf, ohne besorgen zu müssen, dass ihm daraus ein Nachtheil erwachse.

Obwohl die C.O. es nicht ausdrücklich sagt, darf darum die Concursaufhebung wegen des Mangels der Gläubigermehrheit nicht vor dem Ablaufe der Anmeldungsfrist stattfinden.[5]) Von diesem Zeitpunkte an ist aber der Mangel der Gläubigermehrheit jederzeit von Amtswegen wahrzunehmen, und, wenn der Mangel feststeht, ist ohne Rücksicht auf den sonstigen Stand des Concursverfahrens mit der Concursaufhebung vorzugehen.

II. Das Verhältniss dieser Voraussetzung der Concursaufhebung zu der im § 74 behandelten Voraussetzung des § 155 C.O. (Einverständniss der Gläubiger) ist folgendes: in beiden Fällen kommt es auf die Rückforderungsberechtigten, die Concursgläubiger und die Realgläubiger nicht an, im Falle des § 155 C.O. dagegen auf die Massegläubiger, während § 154 C.O. auf sie keine Rück-

---

[3]) § 154 C.O. identificirt dieselben freilich mit den im § 66 C.O. genannten „persönlichen Gläubigern“ (Concursgläubigern); doch ist das nur eine ungenaue Redeweise.

[4]) Gl.U. No. 4503; 10 035; a. M. Gl.U. No. 6938.

[5]) Zweifelnd Schwarz I S. 235 f.



sicht nimmt. Fehlt also die Zustimmung von Massegläubigern zur Aufhebung des Concurses, so kann diese Aufhebung zwar nicht nach § 155 C.O., wohl aber eventuell nach § 154 C.O. stattfinden: fehlt die Zustimmung eines concurrirenden Gläubigers zur Concursaufhebung nach § 155 C.O., so hat sie nach § 154 C.O. stattzufinden; dissentiren jedoch mehrere concurrirende Gläubiger, so ist eine Concursaufhebung auch nach § 154 C.O. unzulässig.

III. § 190 C.O. ist bei dieser Beendigungsart des Concurses unanwendbar; s. § 79 III.

§ 76. Der Mangel des Vermögens.[1]

I. Die C. O. hat es im § 66 C. O. für genügend, aber auch für eine Voraussetzung zur Concurseröffnung erklärt, dass das Concursvermögen (u. z. die Ist-Masse) zur Deckung der Kosten des Verfahrens hinreiche. Es kann nun sowohl geschehen, dass eine Concurseröffnung trotz des Mangels von hinreichendem Concursvermögen erfolgte (s. § 18 IV), als auch dass das vorhandene Vermögen während des Verfahrens aufgezehrt wird. In beiden Fällen ist die Fortsetzung des Concursverfahrens für alle Betheiligten ohne Nutzen, ja für den Gemeinschuldner schädlich, da derselbe für die Massenschulden haftet (S. 123). Darum verordnet § 154 C. O., dass ein Concursverfahren sofort aufzuheben sei, wenn die Ist-Masse zu gering ist oder wird, um die bisherigen und die voraussichtlichen Kosten des Verfahrens zu decken;[2]) das Anerbieten von Gläubigern, durch Vorschüsse für die Kosten des weiteren Verfahrens zu sorgen, ist nicht zu berücksichtigen (s. § 18 IV).

Die Prüfung dieser Voraussetzung der Concursaufhebung erfolgt von Amtswegen. Es ist aber auch eine Amtspflicht des Masseverwalters, die Concursaufhebung zu veranlassen, wenn sich der Mangel des hinreichenden Vermögens herausstellt;[3]) gewissenhafterweise wird er hiebei jedenfalls den im § 97 C.O. vorgesehenen Eid vom Gemeinschuldner fordern.[4])

---

[1]) Kaserer S. 210, 232; Kissling S. 239; Schwarz I S. 234f.; II S. 455ff.; s. oben § 18.

[2]) Gl.U. No. 3515.

[3]) Ueber das hiebei in Betracht kommende Vermögen s. § 57. ferner Adler-Clemens No. 1210 (betreffend Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften mit unbeschr. Haftung) und oben § 18 IV.

[4]) Vgl. Gl. U. No. 8551.



II. Von dieser Norm des § 154 C.O. bildet der § 2 des Ges. v. 16. März 1884 R. G. B. No. 35 eine Ausnahme. Der cit. § 1 verordnet eine Concurseröffnung auch ohne hinreichendes Concursvermögen, wenn ein Anfechtungsanspruch glaubhaft gemacht wird; die Concurseröffnung kann dann sowohl gegen Caution, als auch ohne eine solche stattfinden (S. 73). Daraus ergibt sich, dass die Concursaufhebung wegen des Mangels an hinreichendem Concursvermögen insolange nicht stattzufinden hat, als jener Anfechtungsanspruch noch unerledigt ist, wegen dessen die Concurseröffnung nach dem cit. § 2 geschehen ist.

III. § 190 C. O. ist bei dieser Beendigungsart des Concurses unanwendbar; s. § 79 III.

II. Die Concursaufhebung.

§ 77. Verfahren und Wirkung.

I. Die Concursaufhebung[1]) erfolgt durch das Concursgericht mittelst Beschlusses, welcher die gesetzliche Voraussetzung nennt, auf Grund welcher der Concurs aufgehoben wird (arg. ex § 65 C.O.). Den Antrag zur Fassung dieses Beschlusses hat der Concurscommissär pflichtmässig zu stellen (s. § 189, 235 C. O), sobald eine Voraussetzung zur Concursaufhebung besteht; die gleiche Amtspflicht obliegt dem Masseverwalter, dessen Antrag an den Concurscommissär zu richten ist. Da es jedoch auch die Amtspflicht des Concursgerichtes ist, mit der Concursaufhebung vorzugehen, sobald die Existenz der hiezu nöthigen Voraussetzung ihm auf welche Weise immer bekannt wird (s. §§ 154, 155 C. O.), so steht auch dem Gemeinschuldner und jedem Gläubiger frei, an den Concurscommissär oder an das Concursgericht eine Anzeige des Inhaltes zu richten, dass eine solche Voraussetzung existent sei.

Der Beschluss auf Concursaufhebung wird als Bescheid dem Gemeinschuldner, dem Masseverwalter und seinem Stellvertreter, sowie den Mitgliedern des Gläubigerausschusses zugestellt und mit Edict bekannt gemacht; die Einschaltung des Edictes in die öffentlichen Blätter hat nur in wichtigeren Fällen zu geschehen. Gleich-

[1]) Schwarz I S. 249, II S. 450 ff.; Kohler, Lehrb. S. 434 ff.; 586; die gesetzliche Terminologie schwankt zwischen Concursaufhebung (§§ 154, 155, 237, 239 C. O.) und Concursbeendigung (§§ 189, 235, 240 C. O.).



zeitig sind der Masseverwalter, sein Stellvertreter und die Mitglieder des Gläubigerausschusses ihres Amtes zu entheben; eine ausdrückliche Enthebung des Concurscommissärs findet dagegen nicht statt. Endlich sind von Amtswegen die bei der Concurseröffnung oder während des Concursverfahrens getroffenen Maassregeln aufzuheben, welche die Sicherung des Concursvermögens und die Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Gemeinschuldners bezweckten, und es sind von dieser Aufhebung die im § 23 sub III f, i k und l genannten Behörden zu verständigen; die Anmerkung des Concursverfahrens im Handelsregister, im Register für Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften und in den Grundbüchern ist von Amtswegen zu löschen.[2])

Gegen diese Bescheide stehen jedem einzelnen Gläubiger, dem Masseverwalter und seinem Stellvertreter, sowie dem Gemeinschuldner die Rechtsmittel des § 257 C.O. offen.

II. Die Wirkung[3]) der Concursaufhebung ist an die Rechtskraft dieses Bescheides geknüpft. Sie bezieht sich auf das Vermögen und auf die Person des Gemeinschuldners.

a) Rücksichtlich des Vermögens besteht sie darin, dass der Gemeinschuldner die völlige Dispositionsfreiheit über sein Vermögen wieder erlangt, dass also die Vinculirung des Concursvermögens aufhört (§ 53 C.O.). Der Gemeinschuldner übernimmt die Disposition über dieses Vermögen in jener rechtlichen Situation, in welcher das Concursverfahren es schliesslich hinterlassen hat. Er tritt sozusagen sine beneficio inventarii (d. h. ohne Beschränkung seiner Haftung bis zur Höhe der Activen) zwar nicht in den Besitz,[4]) wohl aber in die Verfügungsfreiheit rücksichtlich seines Vermögens; ja es steht ihm nicht einmal frei zu wählen, ob er dieses Vermögen in seine Dispositionsfreiheit als das seine annehmen wolle oder nicht. Der Gemeinschuldner ist daher verpflichtet, Ansprüche zu bezahlen,[5]) welche im Concurse angemeldet,

---

[2]) Die C.O. regelt dies Alles ausdrücklich nur im § 189 C.O., d. i. für den Fall der Vertheilung der Masse; die ausdehnende Interpretation dieses Paragraphen ergiebt sich von selbst.

[3]) S. oben S. 80ff., 114ff., 128ff.; Frankl, Concurs d. offenen Handelsges. S. 74ff.; § 192 dtsche. O.C.

[4]) Diesen hatte er nie verloren, s. S. 121 ff.

[5]) Das Concursgericht ist Instanz für die Executionsbewilligung; § 4 Z. 4 E.O.; Gl.U. No. 8156.

vom Masseverwalter anerkannt und von Niemandem bestritten, oder welche gegen die Opponnenten im Processwege festgestellt worden sind[6]) (§ 55 C.O.; s. S. 215 ff.). Nur aus Billigkeitsrücksichten ist er dieser Verpflichtung dann enthoben, wenn er selbst bei der Liquidirungstagfahrt die angemeldete Forderung bestritten hat[7]) (§ 55 C.O.); da kann er verlangen, dass der Anspruch nunmehr im Processwege wider ihn persönlich festgestellt werde. Ebenso muss der Gemeinschuldner die angemeldeten Ansprüche in jener Lage übernehmen, in welche der Concurs sie gebracht hat, z. B. als Geldansprüche, obwohl sie es früher nicht waren (S. 199 f.), als Entschädigungsansprüche nach § 22 C.O. statt als Ansprüche auf Vertragserfüllung (S. 174). Auch Masseschulden und Massekosten hat der Gemeinschuldner voll zu berichtigen, z. B. die Verträge zu erfüllen, welche der Masseverwalter bei der Fortführung des schuldnerischen Geschäftes abgeschlossen hat (S. 121 ff.). Er übernimmt auch die anhängigen Activ- und Passivprocesse (in denen er ohnedies Partei war), ohne dass eine Unterbrechung des Verfahrens stattfinden würde. Nur in die Anfechtungsprocesse, in denen der Gemeinschuldner ja nicht Processpartei ist (s. § 63 IV), tritt er auch nicht ein (§ 44 Anf.Ges.); sie erlöschen durch die Concursaufhebung, selbst wenn dieselbe nicht hätte erfolgen sollen, dem Anfechtungsbeklagten bleibt nur der Ersatzanspruch (rücksichtlich seiner Kosten) wider die pflichtwidrigen Organe des Concurses vorbehalten.

Andererseits erlangt jetzt der Gemeinschuldner auch die volle Dispositionsfreiheit über alle Activen der Concursmasse, seien sie auch erst während des Concursverfahrens erworben.[8])

Durch die Concursaufhebung werden somit zwei Vermögensmassen vereinigt, welche während des Concursverfahrens zwar beide dem Gemeinschuldner gehörten, aber getrennt verwaltet wurden: die Concursmasse vom Masseverwalter, das concursfreie Vermögen vom Gemeinschuldner. Nunmehr verwaltet der Gemein-

---

[6]) Frankl, Zur Lehre von der Zwangsvollstreckung der cridamässig festgestellten Forderungen nach Concursaufhebung (Jur. Vtljsch. 1889 S. 127 ff.). Nachträglich eingetretene Thatsachen, welche die Wirkung eines Urtheiles aufheben würden, befreien natürlicherweise auch von der Zahlung auf Grund des Liquidirungsurtheiles; Nowak, No. 271 (Verzicht); Gl.U. No. 13 254 (Zahlung).

[7]) Ueber die Ausnahme hievon s. S. 215, Text zu Anm. 16.

[8]) Nicht erst durch Cession derselben, wie Schwarz I S. 252 meint.

schuldner wieder beide Massen. Da muss er es sich denn auch gefallen lassen, mit beiden Massen für alle Passiven (deren Personalschuldner er ist) zu haften. Die concurrirenden Gläubiger sind somit berechtigt, nach der Concursaufhebung auf das ganze schuldnerische Vermögen zu greifen,[9]) ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt seines Erwerbes (§ 55 C. O.), und zwar für den ganzen Rest ihrer unberichtigten Forderungen;[10]) ebenso dürfen auch die nicht concurrirenden Concursgläubiger ihre Befriedigung für ihre ganzen Forderungen[11]) nach der Concursaufhebung aus den vereinigten Vermögensmassen suchen (§ 54 C.O.), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die concurrirenden Gläubiger schon befriedigt sind;[12]) endlich steht das gleiche Recht jedem Massegläubiger[13]) und natürlich jedem persönlichen Gläubiger zu, welcher es erst nach der Concursaufhebung wird.

Diese Rechtsordnung ist regelmässigerweise nur eine Last für den Gemeinschuldner, weil gewöhnlich im Zeitpunkte der Concursaufhebung das ganze Concursvermögen vertheilt ist, und der Gemeinschuldner darum nur noch eine restliche Schuldenlast zu tragen hat. Aber es kann doch vorkommen, dass ein Activum nach der Concursaufhebung dem Gemeinschuldner zu übergeben ist, so z. B. im Falle des Vergleiches oder Zwangsausgleiches, oder wenn eine Erbschaft in die Concursmasse fiel oder der protokollirte Gemeinschuldner wohl seine Zahlungen eingestellt hatte, aber nicht überschuldet war. Die C.O. enthält nun keine Norm darüber, wie in solchen Fällen die Uebergabe dieser Activen zu

---

[9]) Gl. U. No. 5299, 7086.

[10]) Als solche ist im Vergleiche und Zwangsausgleiche nur jener Betrag anzusehen, welcher nach dem Inhalt des Vergleiches oder Zwangsausgleiches wider den Gemeinschuldner klagbar bleibt; § 56 C.O. giebt diese (allerdings selbstverständliche) Norm nur für den Zwangsausgleich; s. auch Schwarz I S. 254 ff.

[11]) Im Falle des Zwangsausgleiches nur für den nach § 236 C.O. noch klagbaren Theil derselben; s. § 72 Va.

[12]) Anders früher nach der Res. v. 16. September 1784 J. G. S. No. 336 lit. C. Auch jetzt besteht noch die im § 236 Abs. 1 C.O. normirte Ausnahme; s. oben § 72 XII.

[13]) Gl. U. No. 7039. Ueber den scheinbar widersprechenden § 160 C.O. s. S. 123. Zweifelhaft könnte sein, ob der Gemeinschuldner für Massekosten aus Anfechtungsprocessen haftet; die Frage ist zu verneinen; s. oben im Text und S. 124.

erfolgen habe. So weit der Gemeinschuldner die Disposition über sie schon dadurch erhält, dass das Concursgericht die Sperren aufhebt (z. B. durch Löschung der grundbücherlichen Anmerkungen), hat es jedenfalls hiebei sein Bewenden; insoweit die Activen vom Gerichte oder bei Gericht verwahrt werden, hat das Gericht sie von Amtswegen auszufolgen; rücksichtlich der weiteren Activen, sowie rücksichtlich der ihm gehörigen Urkunden (Handelsbücher etc.) aber hat der Gemeinschuldner sich mit dem Masseverwalter auf Grund des Inventars und der Berichte des Masseverwalters auseinanderzusetzen (s. § 58 II), und zwar zunächst im officiosen Wege, es sei denn nach § 2 Z. 7 des kais. Pat. vom 9. August 1854 R.G.B. No. 208 die Verweisung auf den Rechtsweg erforderlich.

b) Rücksichtlich der Person des Gemeinschuldners verweist § 57 C.O. im Allgemeinen auf die bürgerlichen, politischen und die Strafgesetze. Die C.O. selbst enthält nur Normen für den kaufmännischen Concurs (§§ 57, 246 ff. C.O.).

Der Grundsatz aller bezüglichen Gesetze ist, dass der Gemeinschuldner durch die Concursaufhebung die Fähigkeit zur Erwerbung aller seine Person betreffenden Rechte, namentlich seiner politischen und Ehrenrechte wieder erlangt, insoweit nicht ausdrücklich eine Ausnahme, sei es im § 246 C.O., sei es in anderen Gesetzen, normirt ist. Die entsprechenden Vorschriften sind im § 31 zusammengestellt; hinzuzufügen ist den dortigen Ausführungen, dass die Fähigkeit zur Erlangung des passiven Wahlrechts für die Gemeinde, den Landtag und das Abgeordnetenhaus des Reichsrathes durch die Concursaufhebung wieder erlangt wird.

III. Ausnahmsweise verliert die Concursaufhebung diese Wirkungen ganz oder zum Theile. Dies geschieht in den Fällen der §§ 190 und 243 C.O.; s. darüber § 79 III, IV.

§ 78. Die kaufmännische Wiederbefähigung.[1]

I. Bei manchen Gemeinschuldnern ist der Concurs ein zwingender Endigungsgrund der Persönlichkeit; die entsprechenden Normen finden sich in den Art. 123, 170, 242 H.G.

---

[1]) Kaserer S. 278 ff.; Kissling S. 341 ff.; Schwarz II S. 494 ff.; Frankl, Zur Revision des Concursrechts S. 497 f.; v. Canstein, Lehrb. d. Handelsr. I. S. 217; Pollitzer, Handelsr. S. 76; Koch, Comm. S. 253 ff.; §§ 310 ff. der preuss. C.O. v. 8. Mai 1855, s. auch oben S. 130. Beschränkungen der falliten Handelsleute sind altes österreichisches Recht;

und im § 36 des Ges. v. 9. April 1873 R.G.Bl. No. 70; sie betreffen protokollirte Handelsgesellschaften und Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften[2]. In diesen Fällen kann natürlicherweise von einer Beschränkung der Persönlichkeit im Sinne des § 246 C.O. keine Rede sein.[3] Daneben giebt es jedoch Gemeinschuldner, deren Persönlichkeit durch den Concurs nicht endet, welche aber (nicht bloss den allgemeinen, sondern auch) besonderen Beschränkungen ihrer Persönlichkeit auch nach der Concursaufhebung noch unterliegen. Es sind dies alle jene (handelsgerichtlich protokollirten) Personen, über welche ein kaufmännischer Concurs zu eröffnen ist[4] (S. 49 ff.), und welche nicht durch die Concursaufhebung ihre Persönlichkeit völlig verlieren. Rücksichtlich dieser fortdauernden Personen bestimmt § 246 C.O., dass sie bis zur Erlangung der Wiederbefähigung ausgeschlossen bleiben von dem Rechte a) eine Firma zu führen, welche nicht in ihrem vollen Vor- und Zunamen besteht, b) der passiven Wahlfähigkeit zu kaufmännischen Ehrenämtern, c) der Bekleidung der Stellen eines Sensales, Börsenagenten und Masseverwalters.

Trotz des allgemeinen Wortlautes des § 246 C.O. gehen übrigens die genannten Rechte nicht alle und nicht immer bis zur Wiederbefähigung verloren. Vielmehr behält jener (kaufmännische) Gemeinschuldner, dessen Concurs durch Befriedigung sämmtlicher persönlicher Gläubiger,[5] durch Vergleich[6] oder Zwangsausgleich beendet wurde, das im § 246a C.O. bezeichnete Recht zur Firmenführung auch ohne Wiederbefähigung (§ 253 C.O.).

---

vgl. die Note des böhm. Appellationsgerichtes v. 18. April 1817 und das Commerz-Hofcommissionsdecret v. 27. April 1827 (bei Zimmerl, Handbuch II S. 13), ferner das Hfd. v. 10. März 1788 (Zimmerl II S. 19). Die ung. und die dtsche. C.O. kennen die im § 246 C.O. angedrohten Rechtsnachtheile des Concurses nicht; in jüngster Zeit machen sich in Deutschland Versuche zu ihrer Einführung geltend (Ztschr. f. deutsch. Civilpr. XX S. 264 ff.).

[2]) Vgl. auch § 57 III 2.

[3]) §. 246 C.O. ist demnach zu allgemein gefasst.

[4]) §. 246 C.O. sagt kurzweg: „Ein Kaufmann ....“; s. Motive bei Kaserer S. 280.

[5]) Nach § 247 C.O. genügt es nicht, dass im Concurse alle concurrirenden Gläubiger entfertigt worden seien (s. § 69 II); es müssen alle Concursgläubiger befriedigt sein.

[6]) S. § 71 IV.

Von diesem Falle jedoch abgesehen, bedarf es zur Erlangung der sub a—c genannten Rechte und Befugnisse einer Wiederbefähigungserklärung des Concursgerichtes (§ 252 C.O.).

II. Die Voraussetzungen dieser Erklärung betreffen:

a) das wider den Gemeinschuldner stattgehabte Strafverfahren. Die §§ 249 und 253 C. O. bestimmen, dass „der Erfolg der strafgerichtlichen Untersuchung“ erhoben werden müsse; sie sagen jedoch weder, auf welche Delicte, noch auf welchen Erfolg der Untersuchung es ankomme, noch endlich warum nur von der strafgerichtlichen Untersuchung, nicht von strafgerichtlicher Verfolgung überhaupt die Rede ist; sie sind also höchst undeutliche Bestimmungen. Aus den §§ 102, 208 u. 242 C.O. kann man allerdings entnehmen, dass § 249 C.O. an das aus Anlass der Concurseröffnung wider den Gemeinschuldner eingeleitete Strafverfahren denkt, in welchem u. A. die Ursachen der Zahlungsunfähigkeit festgestellt werden sollen; er denkt also an die in den §§ 199 lit. f und 486 St.G. normirten Delicte der sog. betrügerischen und leichtsinnigen Crida. Es unterliegt weiters keinem Bedenken, den terminus „Untersuchung“ im § 249 C.O. durch jenen des „Strafverfahrens“ zu ersetzen. Somit handelt es sich bei der Wiederbefähigung um den Erfolg des Strafverfahrens wegen der Delicte der betrügerischen und leichtsinnigen Crida. Nun entsteht jedoch die weitere u. z. die Hauptfrage: welcher Erfolg dieses Strafverfahrens wird erfordert, damit die Wiederbefähigung ertheilt werde? Genügt der Freispruch (resp. die Einstellung des Verfahrens) aus welchem Grunde immer, z. B. wegen Verjährung? Und ist andererseits eine Verurtheilung ein absolutes Hinderniss für die Ertheilung der Wiederbefähigung?[7]) Die §§ 249 u. 253 C.O. beantworten diese wichtige Frage nicht. Um eine Antwort zu erlangen, muss man darum auf andere Bestimmungen des Gesetzes zurückgreifen, und vor Allem davon ausgehen, dass die Ertheilung der Wiederbefähigung — mit einer sub b genannten Ausnahme (§ 248 C.O.) — keine Sache des richterlichen Ermessens ist, sondern dass der Gemeinschuldner einen Anspruch auf seine Rehabilitirung hat. Damit kommt man zur Verwerfung der Anschauung, dass die Feststellung des Erfolges des Strafverfahrens lediglich zur Information des Concursgerichtes, nicht zu seiner Bestimmung diene, dass also das Concursgericht trotz einer Verurtheilung die Wiederbefähigung er-

---

[7]) Verneinend Kissling S. 343.

theilen, trotz eines Freispruches sie verweigern dürfe. Vielmehr muss man nach der Analogie des § 208 lit. d C.O. erklären, dass dem Erfordernisse für die Wiederbefähigung durch den Freispruch (resp. die Einstellung des Strafverfahrens) wegen der Delicte der §§ 199 lit. f und 486 St.G. genügt sei, ohne dass das Concursgericht den Gründen dieses Erfolges nachgehen dürfe; ein Schuldspruch wegen dieser Delicte dagegen verhindert nach denselben Grundsätzen die Erlangung der Wiederbefähigung.

b) die Forderungen, deren Personalschuldner der Gemeinschuldner ist. Principiell bleiben sie trotz des Concursverfahrens völlig (wenn auch manchmal mit Veränderungen) aufrecht. Nur der Vergleich hebt sie bisweilen auf und der Zwangsausgleich lässt sie hinsichtlich des Ausfalles als Naturalobligationen zurück, soweit es sich um Gläubiger handelt, deren Uebergehung im Concurse der Gemeinschuldner nicht selbst verschuldet hat (§§ 233, 236 C.O.).

Um die Wiederbefähigung zu erlangen, muss nun der Gemeinschuldner grundsätzlich die Forderungen aller seiner persönlichen (Concurs-, concurrirenden und Masse-)Gläubiger befriedigen und dies nachweisen (§ 247 C.O.); die Befriedigung muss sich auf das Capital und die Nebengebühren erstrecken. Die Befriedigungsart ist gleichgiltig; jede „Erlöschungsart" des bürgerlichen Rechtes[8]) genügt, z. B. die Zahlung, datio in solutum, Compensation, der Schulderlass. Auch der Ablauf der Verjährungszeit ist eine Erlöschungsart im Sinne des § 249 C.O., aber nur hinsichtlich jener Ansprüche der persönlichen Gläubiger, welche von denselben auf Grund des Zwangsausgleiches (und der §§ 234 u. 236 C.O.) oder des Vergleichs oder sonstwie, z. B. auf Grundlage des Liquidirungsprotokolles nach § 55 C.O. gerichtlich (durch Klage oder Execution) geltend gemacht werden konnten. Dagegen ist die Verjährung keine Erlöschungsart des § 249 C.O. bei jenen Ansprüchen, welche der Concurs (namentlich der Zwangsausgleich) zu Naturalobligationen macht,[9]) weil bei Naturalobligationen die im § 1497 a.b.G.B. als Unterbrechung der Verjährung vorgesehene Klage (oder Executionsführung) nicht anwendbar ist; man darf aber doch die Ertheilung

[8]) Die Zurückziehung der Concursanmeldungen ist keine Erlöschungsart des bürgerl. Rechtes; Gl.U. No. 11152.

[9]) A. M. Kissling S. 342, der den § 249 C.O. wörtlich interpretirt und § 253 C.O. übersieht. Schwarz II. S. 495 Anm. 3 ist der Meinung Kissling's beigetreten.



der Wiederbefähigung nicht an die Voraussetzung knüpfen, dass der Gemeinschuldner die Verjährungszeit habe verstreichen lassen, ehe er um die Wiederbefähigung einschritt, und dass er sich hiedurch von seinen Verbindlichkeiten befreit habe. Der Gemeinschuldner muss also auch nach dem Ablaufe der Verjährungsfrist (zwar nicht seine klagbar gewesenen Verbindlichkeiten, wohl aber) seine Naturalobligationen erfüllen (§ 253 C.O.).

Dagegen ist ihm ausnahmsweise gestattet, an die Stelle der Befriedigung und ihres Nachweises nur den Nachweis der vorhandenen Befriedigungs*mittel* hinsichlich solcher Gläubiger zu erbringen, welche unbekannten Aufenthaltes sind, oder von denen der Nachweis ihrer erfolgten Befriedigung nicht zu beschaffen ist (§ 248 C.O.). Es handelt sich hier um eine Maassregel der *Billigkeit*: der Gemeinschuldner soll nicht der Vortheile der Wiederbefähigung verlustig werden, weil er (möglicher Weise nach langer Zeit) einige Gläubiger oder einige Quittungen nicht findet; es soll in solchen Fällen sein Nachweis genügen, dass er diese Gläubiger nach seinen Vermögensverhältnissen zu befriedigen vermag. Da es sich hier um Billigkeitserwägungen handelt, ist in solchen Fällen die Ertheilung der Wiederbefähigung ausnahmsweise in das *Ermessen*[10]) des Concursgerichtes gestellt. Das Concursgericht ist nur verpflichtet, die Verhältnisse genau zu prüfen, sich darum über den Vermögensstand des Gemeinschuldners zu informiren (§ 248 C.O.), und die Gläubiger unbekannten Aufenthaltes im Edicte (s. III) besonders und unter Nennung ihrer Namen aufzufordern, ihren Aufenthalt dem Concursgerichte bis zu einem bestimmten Termine[11]) anzuzeigen, widrigenfalls der allfällige Fortbestand ihrer Forderung der Wiederbefähigung des Schuldners nicht im Wege stehen werde[12]) (§ 251 C.O.).

III. Das *Verfahren* findet beim *Concursgerichte* statt (§ 249 C.O.). Es wird nur auf Antrag eingeleitet; der Antrag kann vom Gemeinschuldner oder seinen Vertretern, nicht aber von seinen Rechtsnachfolgern ausgehen.[13]) Der Antrag ist an keine

---

[10]) *Verbis*, „Die Wiederbefähigung *kann* .... ertheilt werden" (§ 248 C.O.).

[11]) § 251 C.O. sagt: „bis zur Zeit der Beschlussfassung über das Gesuch des Gemeinschuldners"; s. § 250 C.O. und unten III.

[12]) Trotz dieser Fassung des Edictes ist die Wiederbefähigung in diesem Falle Ermessenssache; s. Anm. 10.

[13]) Dies ergiebt sich aus den §§ 247, 248 C.O.; anders § 317 der



Frist gebunden; er kann jederzeit nach der Concursaufhebung eingebracht und beliebig oft wiederholt werden, solange der Gemeinschuldner lebt. In dem Antrage muss nachgewiesen sein, dass die beiden sub II erörterten Voraussetzungen vorhanden sind; die Befriedigung der Gläubiger ist, wenn möglich, urkundlich auszuweisen (§ 249 C.O.); ein gerichtsordnungsmässiger Beweis über die Voraussetzungen der Bewilligung ist aber nicht vorgeschrieben, weil er sich bisweilen nur schwer erbringen liesse, so z. B. wenn einige Gläubiger unbekannten Aufenthaltes sind.

Auf Grund dieses Antrages erlässt das Concursgericht ein Edict, in welchem es den Antrag des Gemeinschuldners auf Ertheilung der Wiederbefähigung an ihn zur allgemeinen Kenntniss bringt, die Einsichtnahme in den Antrag und dessen Beilagen freistellt und den persönlichen Gläubigern eine richterliche (drei Monate nicht übersteigende) Frist zur Einbringung von Erinnerungen wider den Antrag offen lässt; verlangt der Gemeinschuldner in seinem Antrage, dass ihm der Nachweis der Befriedigung einzelner Gläubiger erlassen, und dass derselbe durch den Nachweis ihrer Befriedigungsmöglichkeit ersetzt werde (s. IIb), so ist dies im Edict unter Nennung der betreffenden Gläubiger hervorzuheben, und es ist hiebei diesen Gläubigern bekannt zu geben, dass nach dem Ablaufe der obgenannten Frist der Fortbestand ihrer Ansprüche der Ertheilung der Wiederbefähigung an den Gemeinschuldner nicht im Wege stehen werde, falls der Aufenthalt der genannten Gläubiger nicht bis dahin dem Gerichte angezeigt sein sollte[14]) (§§ 250, 251 C.O.). Das Edict ist an der Gerichtstafel und, wenn eine Börse am Gerichtsorte sich befindet, an dieser anzuschlagen, durch die Zeitungsblätter kundzumachen und der Handelskammer mitzutheilen (§ 250 C.O.).

Der Rechtsbehelf der Erinnerung[15]) steht jedem persönlichen Gläubiger, jedoch nur bezüglich seiner eigenen Forderung zu (§ 250 C.O.); er braucht keinen Antrag des Gläubigers zu enthalten, weil

---

preuss. C.O. v. 8. Mai 1855, famae defuncti conservandae gratia. Stirbt der Antragsteller während des Verfahrens, so ist dasselbe von Amtswegen einzustellen.

[14]) Von wem diese Anzeige erfolgt, das ist irrelevant. S. auch Anm. 12.

[15]) Sie ist wohl von der Erinnerung des § 176 C.O. zu unterscheiden; s. oben § 70, IV, b 3.



der Entscheidung über die Wiederbefähigung von Amtswegen die Prüfung der Rechts- und Sachlage vorhergeht. Diese amtliche Prüfung der Voraussetzungen zur Ertheilung der Wiederbefähigung findet nach dem Ablaufe der Edictalfrist statt; ihre Form ist dem Concursgerichte völlig anheimgegeben[16]) (§ 251 C. O.).

IV. Die Entscheidung über die Ertheilung der Wiederbefähigung erfolgt nach dem Abschlusse des Verfahrens mittelst Beschlusses des Concursgerichtes, wider welchen dem Gemeinschuldner und jedem persönlichen Gläubiger[17]) die Rechtsmittel offen stehen (§ 252 C. O.).

Es ist die Amtspflicht des Concursgerichtes, dem Gemeinschuldner die Wiederbefähigung zu ertheilen, wenn ihre Voraussetzungen gegeben sind, und sie zu versagen, wenn dieselben ganz oder theilweise fehlen. Nur insoweit der Gemeinschuldner den Nachweis der Befriedigung von Gläubigern durch den Nachweis der Befriedigungsmöglichkeit ersetzen will, ist es dem richterlichen Ermessen anheimgegeben, die Wiederbefähigung zu ertheilen oder zu versagen.

Ist die Wiederbefähigung rechtskräftig ertheilt, so ist dies durch die Zeitungsblätter (s. S. 37) kundzumachen.

V. Die Wirkung der Ertheilung der Wiederbefähigung liegt ausschliesslich auf dem durch § 246 C. O. abgegrenzten Gebiete; der Gemeinschuldner darf von da an wieder eine beliebige Firma führen, Börsen- oder Waarensensal, Börsen-Agent und Masseverwalter werden und kaufmännische Ehrenämter bekleiden. Dagegen knüpfen sich keinerlei privatrechtliche Wirkungen an die Wiederbefähigung; ist sie auch an die Voraussetzung geknüpft, dass die bekannten Gläubiger völlig befriedigt sind, so ersetzt sie doch diese Befriedigung nicht; wenn Gläubiger (trotz des erbrachten Beweises) nicht befriedigt sein sollten, haben sie durch die Wiederbefähigung den Anspruch auf Befriedigung nicht verloren.

---

[16]) § 251 C. O. giebt Beispiele solcher Erhebungen.

[17]) § 252 Abs. 2 C. O. lässt die Frage offen, wem das Recursrecht zustehe.

X. Capitel.

Die neuerliche Concursverhandlung.

§ 79.

I. Eine neuerliche Concursverhandlung wider einen Gemeinschuldner nach der Concursaufhebung kann in drei Fällen stattfinden:

a) wenn die allgemeinen Voraussetzungen für eine Concurseröffnung neuerlich entstehen (s. S. 44 ff.);

b) wenn ein zur Concursmasse (der Soll-Masse) gehöriges Vermögen zum Vorschein kommt, nachdem der Concurs bereits aufgehoben ist (§ 190 C.O.);

c) wenn eine Wiedereröffnung des Concurses wegen Nichtigkeit des Zwangsausgleiches stattfindet (§ 243 ff. C.O.).

II. ad a) In diesem Falle finden die Normen der C.O. mit zwei Ausnahmen dieselbe Anwendung, wie im ersten Concurse. Die zwei Ausnahmen sind: 1. Im zweiten Concurse ist der Zwangsausgleich unzulässig[1]) (§ 208 l.b. C.O.). 2. Hat im ersten Concurse ein Zwangsausgleich stattgefunden, so behalten die Concurs- und Massegläubiger[2]) die Beträge, welche sie auf Grund des Zwangsausgleiches bona fide erhalten haben, mag auch nach der Berechnung im zweiten Concurse ein geringerer Betrag auf sie entfallen. Dagegen sind Concursgläubiger nicht für den ganzen Rest ihres Anspruches im zweiten Concurse theilnahmeberechtigt, sondern nur für so viele Procente desselben, als noch Procente des nach dem

[1]) Vgl. Ullmann in Mittheil. d. Prager Jur. Ver. I S. 27.

[2]) § 245 C.O. scheint nur an die Concursgläubiger gedacht zu haben; vgl. aber § 29 C.O. letzter Abs.

Zwangsausgleiche auf sie entfallenden Betrages rückständig sind; ist dieser letztgenannte Betrag ganz bezahlt, der Zwangsausgleich diesem Gläubiger gegenüber erfüllt, so ist dessen Theilnahmerecht im zweiten Concurse erloschen (§ 245 C.O.).

Eine Ausdehnung dieser Ausnahmsvorschrift auf den Fall des Vergleiches ist in der C.O. nicht vorgesehen. Sie kann daher nur stattfinden, wenn der Vergleich selbst eine solche Bestimmung enthält.

III. ad b) In diesem Falle handelt es sich nicht um eine zweite Concursverhandlung, sondern um die Fortsetzung eines bereits aufgehobenen Concurses. Dieselbe findet unter zwei Voraussetzungen statt.

Die eine Voraussetzung dieses im § 190 C.O. geregelten Falles[3]) ist, dass die Concursaufhebung deshalb erfolgte, weil die Ist-Masse (das bekannte Massevermögen) vertheilt ist, ohne dass sämmtliche Masse- und concurrirenden Gläubiger vollständig befriedigt wurden. Andere Aufhebungsgründe eines Concurses begründen die im § 190 C.O. vorgesehene anormale Fortsetzung des Concursverfahrens regelmässig nicht, wie sich aus der Stellung dieses § 190 C.O. im Gesetze ergiebt;[4]) ist daher der Concurs z. B. nach § 154 C.O. oder 155 C.O. (s. §§ 74, 75) aufgehoben worden, so kann eine Fortsetzung dieses Concurses nach § 190 C.O. nicht stattfinden,[5]) sondern nur die Eröffnung eines neuen Concurses über das Vermögen des Gemeinschuldners, u. z. nur dann, wenn für diesen neuen Concurs die Voraussetzungen (s. S. 44 ff.) gegeben sind. Doch können ein Vergleich und ein Zwangsausgleich auf das im § 190 C.O. genannte Vermögen ausdrücklich erstreckt werden.

Die zweite Voraussetzung des § 190 C.O. besteht darin, dass nach der Concursaufhebung ein Theil der Ist-Masse zum Vorschein kommt. Abweichend von dem früheren Rechte[6]) ist damit zur Fortsetzung der früheren Concursverhandlung das Hervorkommen eines solchen Vermögenstheiles gefordert, welcher von vorneherein zur Ist-Masse gehört hätte, wenn die zur Feststellung dieser Masse

---

[3]) Kaserer S. 232; Kissling S. 212; Schwarz II S. 447 ff. Oetker, Concursr. Fragen S. 73 ff.; preuss. C.O. § 278; ung. C.O. § 237; s. oben § 70 III.

[4]) § 190 C.O. steht in dem Abschnitte „IV. Beendigung des Concurses durch Vertheilung des Massevermögens."

[5]) A. M. Kissling S. 212; theilweise abweichend Schwarz II S. 448.

[6]) Rev. vom 11. September 1784 J.G.S. No. 336; s. oben S. 7.

verpflichteten Organe es rechtzeitig gekannt hätten; ein Erwerb des Gemeinschuldners nach der Concursaufhebung genügt daher ebensowenig zum Thatbestande des § 190 C.O.[7]) als der Heimfall von Deckungscapitalien (§ 188 Abs. 2 C. O., s. § 70 Text zur Anm. 12), oder als die nachträgliche Erkenntniss der genannten Organe, dass sie mit Unrecht ein ihnen als Vermögen des Gemeinschuldners rechtzeitig bekannt gewordenes Object aus der Ist-Masse ausgeschieden haben.

Sind die beiden erörterten Voraussetzungen gegeben, so findet eine Fortsetzung des Concursverfahrens statt. Aus der dürftigen Norm des § 190 C.O. lässt sich über diese Fortsetzung Folgendes ableiten.

Sie wird durch einen Beschluss des Concursgerichtes eingeleitet. Doch findet weder eine neuerliche Concurseröffnung statt, noch wird ein Edict über die Fortsetzung des Verfahrens publicirt, es werden nur die Mitglieder des Gläubigerausschusses, ferner der Gemeinschuldner und der Masseverwalter von diesem Beschlusse verständigt.

Sind die Organe des Concurses nicht mehr vorhanden, so bestellt das Concursgericht neue; die Gläubiger haben hiebei weder ein Vorschlags- noch ein Wahlrecht, da sie nicht einmal von der Fortsetzung des Verfahrens zu verständigen sind.

Der Gemeinschuldner ist persönlich durch diese Fortsetzung des Concursverfahrens nicht getroffen, insoweit seine politischen, bürgerlichen und Ehrenrechte in Frage stehen; er verliert seine durch die Concursaufhebung gewonnene Dispositionsfähigkeit nicht wieder. Es findet nur eine Vinculirung des neu aufgefundenen Vermögens statt; der Begriff der Vinculirung passt hier um so besser als die Bindung des hervorgekommenen Vermögens nicht zu Gunsten aller persönlichen Gläubiger erfolgt, sondern (als ein Ueberrest der früheren Perpetuirung der Concurse, s. Anm. 6) nur zu Gunsten jener Massegläubiger, deren Ansprüche bei der Concursaufhebung schon bestanden und geltend gemacht waren,[8]) und jener con-

[7]) E. vom 9. Juli 1878 Z. 7548, Riehl S. 259.

[8]) Der Wortlaut des § 190 C.O. deckt allerdings nach dem Muster des § 278 der preuss. C.O. nur die concurrirenden Gläubiger; vom § 190 C.O. ist derselbe Fehler dann in den § 237 der ung. C.O. übergegangen. Man würde aber vergeblich ein ratio dafür suchen, dass die den Concursgläubigern im Range sonst vorangehenden Massegläubiger gerade von der Nachtragsvertheilung ausgeschlossen sein sollten.

currirenden Gläubiger, deren Forderungen bis zur Concursaufhebung angemeldet und geprüft[9]) waren; neue Anmeldungen sind daher ausgeschlossen.[10])

Für diese genannten Gläubiger erfolgt die Sicherung, Verwaltung und Vertheilung des neu hervorgekommenen Vermögens nach den allgemeinen Normen der C.O. (§§ 139—153, 160—162, 168—189 C.O.). Eine neuerliche Concursaufhebung findet nicht statt.

IV. ad c) Die Wiedereröffnung des Concurses wegen Nichtigkeit des Zwangsausgleiches[11]) ist gleichfalls (wie der Fall b) eine Fortsetzung des ersten Concurses, nicht die Eröffnung eines zweiten Concurses über denselben Gemeinschuldner; sie kann nur bei kaufmännischen Concursen vorkommen. Ihre Voraussetzung ist, dass der im Concurse rechtskräftig bestätigte Zwangsausgleich, sei es von Amtswegen nach § 241 C.O., sei es auf die Klage des § 242 C.O., rechtskräftig[12]) für nichtig erklärt ist (S. 72 X); dann ist von Amtswegen (S. 57) der Concurs mittelst Beschlusses des Concursgerichtes wieder zu eröffnen, und es ist diese Wiedereröffnung mittelst Edictes zu publiciren (§ 243 C.O.). Die bisherigen Organe des Concurses haben so dann ihre Functionen fortzusetzen (Arg. ex § 190 C.O.).

Dieser wiedereröffnete Concurs ist (zum Unterschiede vom Falle b) eine normale Fortsetzung des Concurses. Er hat demnach die ganze Soll-Masse zu umfassen, also auch den der Concursaufhebung nachgefolgten Erwerb des Gemeinschuldners, und es sind auch alle Gläubiger des Gemeinschuldners in ihm theilnahmeberechtigt, nicht bloss jene, welche vor der Concursaufhebung bereits am Verfahren theilgenommen haben.

Die Bestimmung einer neuerlichen Anmeldungsfrist hat nicht statt,[13]) da es sich eben um ein fortgesetztes Verfahren handelt;

---

9) § 190 C.O. sagt „festgestellt"; das ist zu eng.

10) Kissling S. 212; a. M. Schwarz II S. 449.

11) Kaserer S. 275 ff.; Kissling S. 33; Schwarz I S. 255 f.; II S. 489 ff.; Kohler, Lehrb. S. 502; Petersen-Kleinfeller, Comm. S. 532 ff.; §§ 233 ff. ung. C.O.; §§ 184 ff. deutsche C.O.

12) § 243 C.O. spricht nur von der Nichtigkeit des Ausgleiches; doch kann dabei nur an eine rechtskräftige Nichtigkeitserklärung (auch im Falle des § 241 C.O.) gedacht werden, s. § 72 Xa.

13) A. M. Schwarz II S. 490, welcher den § 123 C.O. übersieht.

auch brauchen jene Gläubiger ihre Forderungen nicht neuerlich anzumelden, welche dies bereits gethan haben.[14]) Ueber die Quotenberechnung s. § 72 XI.

Ein Zwangsausgleich ist im fortgesetzten Concurse unzulässig (§ 243 C.O.); dagegen sind alle anderen Beendigungsarten eines Concurses statthaft.

---

[14]) Schwarz II S. 490; der § 244 C.O. ist allerdings recht unglücklich textirt: „in dem wiedereröffneten Concurse können die alten Forderungen . . . angemeldet (soll heissen: geltend gemacht) werden . . .“

Sachregister.

Die Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

